

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS NORMAS PENALES Y SOBRE LA EVOLUCIÓN DE SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

PABLO GUÉREZ TRICARICO**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL. 1. Fundamento constitucional del principio de proporcionalidad desde los presupuestos axiológicos y normativos del Estado de Derecho. 2. Contenido y estructura del principio de proporcionalidad. a) Calidad

* El presente trabajo es una versión revisada de una ponencia presentada para su discusión en el Curso de Doctorado de la Universidad Autónoma de Madrid 'Derecho Penal y Constitución', en el curso académico 2001-2002, dirigido por los profesores Dr. Juan Antonio Lascaraín Sánchez y Dra. Blanca Mendoza Buergo, a quienes agradezco sus sugerencias en orden a la publicación del texto. Agradezco también a los profesores y compañeros del Área de Derecho Penal con quienes he tenido oportunidad de comentar el artículo sus observaciones, y especialmente, a los profesores Dr. Agustín Jorge Barreiro y Dr. Enrique Peñaranda Ramos.

Las conclusiones de este artículo, así como en lo fundamental los razonamientos sobre los que aquéllas se asientan, son los que se presentaron en la ponencia arriba comentada. Sin embargo, la publicación de importantes trabajos sobre el tema con posterioridad a la presentación de dicha ponencia ha hecho necesaria su revisión en aspectos importantes, con el objeto de complementar los planteamientos inicialmente expuestos en aquélla con las opiniones que, en sentido muy parecido, se contienen en los trabajos citados.

Abreviaturas utilizadas. art.: artículo. CE: Constitución Española. CEC: Centro de Estudios Constitucionales. CP: Código Penal. CPC: *Cuadernos de política criminal*. FJ: Fundamento jurídico. LO: Ley Orgánica. PJ: *Revista del Poder Judicial*. RdPP: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. STC: Sentencia del Tribunal Constitucional. STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. STS: Sentencia del Tribunal Supremo. TC: Tribunal Constitucional. TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. TS: Tribunal Supremo.

** Becario FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en el Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. La publicación de este artículo ha sido posible gracias a dicha beca.

o legitimidad del fin de la norma b) Idoneidad c) Necesidad d) Proporcionalidad interna o proporcionalidad en sentido estricto 3. Racionalidad y proporcionalidad. III. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1. El planteamiento de la cuestión en la STC 65/1986. 2. La STC 55/1996, sobre la negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria. 3. El desarrollo de la doctrina constitucional a través de la STC 161/1997, relativa a la negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia. 4. La solución del Tribunal Constitucional en la STC 136/1999, sobre la condena de los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de estas páginas es una reflexión acerca de la relevancia y del alcance constitucional del principio de proporcionalidad en materia penal en nuestro ordenamiento como criterio limitador de las normas penales, a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional que, sobre dicho principio, se ha venido desarrollando en los últimos años. En particular, me propongo centrarme en el análisis de la sentencia 161/1997, del Tribunal Constitucional, por ser ésta a mi juicio la decisión que ha desarrollado en mayor grado la doctrina jurisprudencial en materia de proporcionalidad, con importantes consecuencias para la dogmática jurídico-penal. De hecho, la elaboración conceptual en torno al principio de proporcionalidad y sus implicaciones en el ámbito de la llamada «legalidad ordinaria» que lleva a cabo el Tribunal en dicha sentencia permite afirmar una línea jurisprudencial consolidada en el tratamiento de la cuestión, sin perjuicio de que la aplicación de la misma se haya realizado posteriormente en sentido favorable a la pretensión de inconstitucionalidad¹.

La determinación de los criterios que se deben tener en cuenta a la hora de abordar el problema de la proporcionalidad de las normas penales, a través del estudio de la jurisprudencia constitucional, constituye el objeto principal de este artículo. En este sentido, a lo largo de estas páginas trataré de proponer argumentos que puedan proporcionar una respuesta adecuada a cuestiones del siguiente tenor: ¿de qué manera debe entenderse la proporcionalidad en relación con la función del Derecho penal? ¿cuál es el sentido y el alcance del

¹ En este sentido, la sentencia 136/1999 es la primera que se aparta de un criterio muy consolidado y dictamina por primera vez la inconstitucionalidad de una norma penal por infringir el principio de proporcionalidad. Sobre esta cuestión, *vid. infra* III.

principio de proporcionalidad en el enjuiciamiento de la normas penales? o ¿cuáles son los límites de la jurisdicción del Tribunal Constitucional en la valoración de la proporcionalidad de las normas penales?

Para ello resulta necesario un repaso histórico y dogmático sobre el principio de proporcionalidad, desde lo que he denominado los presupuestos axiológicos y normativos de nuestro Estado democrático de Derecho, tratando de esbozar las líneas que definen doctrinalmente el principio y comprender cómo opera en materia penal, para después, con arreglo a una concepción suficientemente determinada sobre el principio de proporcionalidad, determinar la relevancia jurídico constitucional del principio a la hora de enjuiciar bajo su vigencia determinados preceptos penales. Junto a ello, se hará un breve repaso de la evolución de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de este principio, tanto por parte de nuestro Tribunal Constitucional como del Tribunal Constitucional de Alemania, fuente doctrinal fundamental también en esta materia para nuestro Alto Tribunal, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta las sentencias del Tribunal Constitucional 161/1997 y 136/1999, relativas respectivamente a la negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia, y a la condena a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, cuyo análisis en lo relativo al principio de proporcionalidad se lleva a cabo en la última parte de este artículo.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL

El principio de proporcionalidad, principio fundamental en un Estado social y democrático de Derecho, es frecuentemente desconocido no sólo por las autoridades administrativas y judiciales, sino en ocasiones por el propio poder legislativo. En la medida en que la aplicación del principio sea evitada, ello repercute en la esfera de los derechos y libertades de los ciudadanos, que se ven injustamente sometidos a medidas desproporcionadas, lo que, si se trata de medidas penales, puede traducirse en una privación intolerable de su libertad. Frente a este problema, la fiscalización de las medidas desproporcionadas, sobre la única base de la *desproporción* en sí misma considerada, resulta sin embargo una cuestión harto problemática, como se pondrá de manifiesto en el análisis histórico de la cuestión y, muy especialmente, en el estudio de la jurisprudencia constitucional que se ha ocupado de ello. En efecto, en una primera aproximación al problema, no resulta difícil observar de antemano que el carácter evanescente y la imprecisión en torno a los propios límites y contornos de dicho principio hace extremadamente

complicada la labor fiscalizadora del máximo órgano de control constitucional, ante la tentación de invadir, más allá del terreno jurídico, los ámbitos de la oportunidad política y de la discrecionalidad en la solución de los problemas sociales, propios del legislador.

El propio contenido del principio de proporcionalidad explica esta consecuencia. Frente al principio de legalidad, de carácter eminentemente formal, el principio de proporcionalidad presenta un contenido material de contornos difusos y no siempre precisables que pueden abonar fácilmente una extralimitación del Tribunal Constitucional en su control².

Su formulación, así como su posterior aplicación a un caso concreto, requieren una elaboración jurídico doctrinal compleja en términos de construcción del principio conforme a parámetros racionalmente objetivos, que posibiliten un verdadero control jurisdiccional del principio y no una comparación, más o menos elaborada, de los supuestos enjuiciados con una u otra idea de la proporcionalidad, sobre la base de criterios filosóficos, lógicos, morales o políticos. Tentación que, sin embargo, y a pesar de la gran labor de conceptualización llevada a cabo en este terreno, no siempre consigue evitar el Tribunal Constitucional, como se pone de manifiesto del análisis detenido de su jurisprudencia en la materia.

1. Fundamento constitucional del principio de proporcionalidad desde los presupuestos axiológicos y normativos de nuestro Estado de Derecho

1. Como ha sido destacado en nuestra doctrina por GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, el principio de proporcionalidad surgió inicialmente en el Derecho de policía para pasar a impregnar posteriormente todo el Derecho Público, desde una concepción liberal del Estado de Derecho, y por tanto tam-

² No faltan sin embargo autores que defienden la inclusión del principio de proporcionalidad en el de legalidad, por considerar que un correcto entendimiento del significado democrático de este último conduce a la conclusión de que la idea de proporción le es inherente en cuanto derivada de la garantía de la libertad individual preservada por el principio de legalidad y, en consecuencia, a considerarla integrada en el contenido esencial del art. 25 CE. En este sentido, HUERTA TOCILDO, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional*, Vol. 5, TC, CEPC, Madrid, 2000, pp. 58-72. Vid. también CUERDA ARNAU, «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal», en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. 1, Universitat de València, Valencia, 1997, p. 459.

bién y fundamentalmente al Derecho Penal, como manifestación por excelencia del poder coactivo del Estado³.

Con la evolución del Estado liberal y de Derecho, va a ser el Derecho Penal el ámbito del Derecho en el que, por sus características, se reclame una mayor vigencia de ese principio, pues es éste el ámbito en el que se opera una restricción mayor de los derechos fundamentales por parte del Estado a través de la imposición de las sanciones más graves, las penas y las medidas de seguridad, cuya oportunidad y gravedad deben justificarse atendiendo precisamente a criterios de proporcionalidad.

En el Estado liberal se hace, por lo tanto, necesario el sometimiento de las medidas restrictivas de la libertad y de los derechos fundamentales a criterios racionales de proporcionalidad, que justifiquen moralmente las restricciones operadas de acuerdo con los valores de libertad y autonomía individual sobre los que se basa el sistema jurídico-político del Estado liberal y, posteriormente, de los modernos Estados constitucionales.

Para LASCURAÍN SÁNCHEZ, el principio de proporcionalidad deriva de los valores que inspiran un Estado liberal y democrático⁴. Si el criterio de legitimidad de un Estado democrático y de Derecho es la consecuencia de la proclamación y vigencia de ciertos valores, que deben inspirar la garantía y protección de los derechos fundamentales, y entre ellos del valor libertad o autonomía individual genéricamente entendida, resultará que ciertas normas restrictivas sólo podrán encontrar justificación en la funcionalidad (o idoneidad) para generar más libertad de la que sacrifican⁵. Es decir, en la ecuación que debe presidir la actuación del Estado en la limitación de las libertades y derechos de los ciudadanos entre libertad sacrificada por la medida limitativa y libertad preservada, debe darse un saldo positivo a favor de la segunda, pues sólo así resultará justificada la medida limitativa que encuentra su justifica-

³. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990, p. 29.

⁴. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», en *Cuadernos de Derecho Público*, no. 5, septiembre-diciembre de 1998, pp. 159 ss.

⁵. La idea se halla ya presente en NINO, para quien el principio de inviolabilidad personal en el que, junto a los principios de autonomía personal y de dignidad humana, encuentran su fundamentación los derechos humanos, requiere que no puedan imponerse cargas o sacrificios a la libertad individual si no son de alguna manera aceptadas por éste y no redundan en beneficio de una mayor libertad para los demás. En este sentido, véase íd., «La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos», en *Doctrina penal*, no. 45, 1989, pp. 29-48, y especialmente, pp. 37 ss.

ción en su virtualidad para generar más libertad o incrementar la libertad en la comunidad. El principio de proporcionalidad se configura así como un principio fundamental del Estado democrático de Derecho que rige con todo su vigor en el Derecho Penal en cuanto sector del ordenamiento que se compone de manera más patente, y en mayor grado, de normas limitativas de derechos, y en el que se priva de manera más drástica de la manifestación más física y primaria de la libertad, que es la libertad ambulatoria⁶.

2. A la vista de esta fundamentación jurídico-política del principio de proporcionalidad, la jurisprudencia constitucional española y comparada ha reconocido trascendencia constitucional a este principio. Tras una etapa inicial oscilante en cuanto a la mayor o menor trascendencia constitucional del principio de proporcionalidad, a la luz del actual estado de la jurisprudencia constitucional en nuestro país puede decirse que se reconoce que este principio está recogido en la Constitución.

Sin embargo, más problemas plantea la determinación de las fuentes constitucionales de las que en concreto derivaría tal principio. Se trata ahora de encontrar un fundamento jurídico constitucional específico desde el que se pueda inferir la vigencia del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento y de determinar la eficacia que su vigencia proyecta sobre las normas penales. La cuestión de las fuentes constitucionales, o de la ubicación sistemática del principio de proporcionalidad en unos u otros preceptos de nuestro texto constitucional no es baladí, puesto que, como veremos enseguida, la afirmación de que el principio de proporcionalidad se halla recogido en determinados preceptos constitucionales tiene una gran relevancia práctica para los ciudadanos, a la hora de alegar en su defensa eventuales desproporciones en el ordenamiento jurídico. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional se ha mostrado en esta materia extremadamente cauta y no poco vacilante y, aunque ha terminado reconociendo de manera clara la trascendencia constitucional del principio, en realidad no parece que haya resuelto de manera definitiva la cuestión de su base normativa ni haya definido su alcance⁷. La doctrina del Tribunal Constitucional en torno a la proporcionalidad se basa, por tanto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, inspirada a su vez en la doctrina constitucional y penal alemana y, en ocasiones, también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En la doctrina y la jurisprudencia alemanas, el principio de proporcionalidad se deriva de las cláusulas generales presentes en la Constitución de procla-

⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., p. 160.

⁷ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 51.

mación de un Estado democrático y de Derecho, o relativas al respeto por parte del Estado de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Paralelamente, nuestro Tribunal Constitucional encuentra el fundamento constitucional, aunque a mi entender sin pronunciarse definitivamente sobre la cuestión, en el art. 1.1. de la Constitución, que reconoce a España como un Estado de Derecho y proclama la justicia como un valor superior del ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, en el art. 10 de la Constitución, que se refiere a la dignidad de la persona y a los derechos que le son inherentes, definiéndolos como fundamento del orden político y de la paz social⁸. En este sentido COBO y VIVES han advertido que la constitución de España como Estado de Derecho, en el que la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico, reclama la vigencia del principio de prohibición de exceso en el Derecho Penal y, en consecuencia, de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁹.

Para algunos autores, el principio de proporcionalidad puede ser reconducido a alguno de los preceptos contenidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, pues sólo así podrá alegarse el principio con la fuerza propia de los derechos fundamentales, posibilitando la interposición por los ciudadanos del recurso de amparo ante la imposición de una medida limitativa de sus derechos (y de manera paradigmática en el ámbito penal, ante la imposición de una pena de prisión, en cuanto privativa de su libertad personal) en la medida en que aquélla resulte ser, a la luz de los criterios que en su momento veremos para juzgar la proporcionalidad, desproporcionada. En este sentido, BACIGALUPO ZAPATER¹⁰ o TORÍO LÓPEZ¹¹ encuentran un fundamento consti-

⁸. En esta línea se manifiesta la sentencia del Tribunal Constitucional 65/1986: «Problema distinto sería examinar si el principio de proporcionalidad de la pena puede considerarse consagrado por otros preceptos constitucionales. Especialmente los que constituyen a España como Estado de Derecho y proclaman la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1) y el que establece que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1) podrían invocarse como argumentos a favor de que nuestra Constitución consagre esa idea de proporcionalidad de la pena. En este sentido se ha movido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y podría recurrirse a precedentes más antiguos, pues tales ideas se desarrollan en Europa a partir del siglo XVIII dentro de la preocupación humanitaria que aparece en la doctrina penal de esa época y que se refleja en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclama en su art. 8 que «la ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias»» (STC 65/1986, FJ 2).

⁹. COBO y VIVES, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1987, p.63.

¹⁰. BACIGALUPO ZAPATER, «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?», en *La Ley*, 1982-2, p. 941.

¹¹. TORÍO LÓPEZ, «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos y degradantes», *PJ*, no. 4, 1986, pp. 81-82.

tucional del principio de proporcionalidad en el art. 15 de la Constitución, que prohíbe las penas y los tratos inhumanos y degradantes, ante la existencia de una desproporción entre la pena y los fines que persigue. En definitiva, nos encontraríamos ante una pena inhumana o degradante cuando resultara desproporcionada en relación a la gravedad del hecho cometido y a los fines de la pena¹². En conclusión, una pena desproporcionada vulneraría el art. 15 CE, al tratarse de una pena inhumana y degradante por inadecuación de la sanción al fin que persigue¹³. El postulado que subyace a esta afirmación remite a la propia idea de Estado democrático y de racionalidad del Derecho, especialmente en su vertiente punitiva. La justificación del *ius puniendi* estatal deriva directamente de la capacidad para generar, con su imposición, más libertad de la que se sacrifica, desde una perspectiva global, por lo que una pena que no respondiera a este principio, en la medida en la que atentara contra la inviolabilidad personal -que se encuentra en la base de los derechos humanos-, resultaría por ello una pena inhumana. Por otra parte, BACIGALUPO ZAPATER pone de manifiesto cómo la amenaza de desproporción entre la sanción penal prevista por el ordenamiento y los fines que aquélla persigue conduce inexorablemente a preguntarnos sobre los fines de la pena, pues sólo una pena que no respondiera de manera proporcionada a fines constitucionalmente legítimos podría ser declarada inconstitucional¹⁴.

¹². En relación con las teorías sobre los fines de la pena, la discusión no se halla cerrada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues la única finalidad que expresamente contempla la Constitución (art. 25.2), dentro de la prevención especial (la reeducación o reinserción social) no constituye, según jurisprudencia ya consolidada de nuestro Tribunal, ni la única ni la más importante de las finalidades que cumple la pena en un Estado democrático, pudiendo atemperarse o incluso sacrificarse en aras de otras finalidades de la pena y derivadas de múltiples exigencias de prevención general y especial que no resulten constitucionalmente proscritas (vid., por todas, la STC 19/1988). Sobre los fines de la pena desde una perspectiva constitucional, en relación con el principio de proporcionalidad, véase, por todos, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, especialmente pp. 19 ss. CÓRDOBA RODA, «La pena y sus fines en la Constitución», en Mir Puig, Ed., *La reforma del Derecho penal I*, 1980, pp. 151 ss. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, especialmente pp. 115 ss.

¹³. Sin embargo, esta concepción extensiva de las penas inhumanas y degradantes no ha sido acogida por el Tribunal Constitucional, por cuanto, aunque sí haya reconocido una cierta vinculación entre el principio de proporcionalidad y el de humanización de las penas, la constatación de esta relación no le ha llevado a entender comprendido el principio de proporcionalidad en el art. 15 CE.

¹⁵. Si la pena no ha de guardar una relación de proporcionalidad exclusiva con «la gravedad del hecho cometido» (lo que tradicionalmente se ha identificado con la proporcionalidad estricta,

Algunos han visto en el art. 25.1 CE, que reconoce el principio de legalidad, el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad. En una concepción material del principio de legalidad, entendida como legalidad democrática, de acuerdo con el art. 1.1 CE, la garantía que emana de dicho principio para el ciudadano es también una garantía de proporcionalidad. En este sentido, un correcto entendimiento del principio de legalidad, traducido en su función de garantía de la libertad individual forma parte necesariamente de su formulación, y conduce a la conclusión de que el principio de proporcionalidad se encuentra incluido en el art. 25.1 CE¹⁵.

Para otro sector doctrinal, el fundamento del principio de proporcionalidad puede encontrarse en los propios preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales y las libertades públicas, y ello como requisito de garantía de su efectividad en un Estado que se proclama democrático y de

es decir, la proporcionalidad entre conducta y sanción), sino que dicha relación de proporcionalidad debe ser referida, en un ámbito de ponderación más amplio, a los fines perseguidos por la pena, la cuestión sobre el control constitucional de normas penales eventualmente desproporcionadas remite inevitablemente a la discusión acerca de los fines de la pena. Discusión que no es posible abordar aquí, por no constituir el objeto de este trabajo, pero en relación con la cual sí considero necesario apuntar la importancia del hecho de que la solución que demos a la compleja cuestión sobre los fines de la pena y de su legitimidad constitucional debe constituir un parámetro de referencia que debe ser tenido en consideración a la hora de enjuiciar los concretos supuestos de presunta vulneración del principio de proporcionalidad de las normas penales. Así, concluye BACIGALUPO ZAPATER que «el principio de proporcionalidad de las penas es una fórmula vacía mientras no se establezcan qué criterios de proporcionalidad quedan fuera de la legitimidad constitucional. En este último punto la discusión lleva necesariamente a las teorías de la pena». Íd., en *¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?*, cit., p. 941. Desde mi punto de vista, el poco consenso existente en torno a los fines de la pena hace que el problema de la proporcionalidad de las normas penales no pueda ser clarificado adecuadamente en lo que respecta a la determinación del fin respecto del cual pretendemos afirmar que la norma penal resulta desproporcionada. La cuestión resulta determinante, puesto que la exigencia de legitimidad constitucional del fin de la pena ha sido afirmada por el Tribunal Constitucional como primer requisito del juicio de proporcionalidad. Sin embargo el Tribunal Constitucional, en su doctrina sobre la proporcionalidad, no ha precisado, como advierte BACIGALUPO ZAPATER, qué fines resultan constitucionalmente admisibles en la pena y cuáles no, o en qué medida debe darse un equilibrio entre los distintos fines que pueden cumplir las penas. *Vid. ¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?*, cit., p. 941. Sobre la legitimidad del fin de la norma como subprincipio de la proporcionalidad *vid. infra* II, 4.

¹⁵ Véase HUERTA TOCILDO, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», cit., pp. 58 ss. y, en este mismo sentido, CUERDA ARNAU, «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal», cit., p. 459.

Derecho y que reconoce estos derechos como fundamento de su propio orden político¹⁶. Por ello, de acuerdo con este planteamiento, toda limitación de los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución debe adecuarse al principio de proporcionalidad en su limitación, por la interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo con los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 de la Constitución¹⁷. El principio de proporcionalidad se configura así como un criterio de racionalidad ínsito en el propio reconocimiento de los derechos fundamentales¹⁸.

¹⁶. La consideración relativa a la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales ha sido frecuentemente utilizada por la doctrina penal para fundamentar la aplicación de los principios. Sobre la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales puede consultarse LÓPEZ GUERRA *et alii*, *Derecho Constitucional I*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 106-107.

¹⁷. En una posición incluso más favorable al reconocimiento del derecho de amparo por vulneración del principio de proporcionalidad se sitúa BARNÉS, al afirmar que la vulneración del principio de proporcionalidad puede invocarse ante el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo, y no ya sólo respecto a los derechos fundamentales, sino también respecto a otras lesiones de derechos, ya que en todo caso supondría una restricción ilegítima de la libertad. Vid. en este sentido «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, no. 5, septiembre-diciembre de 1998, pp. 20 y 21. Parece, sin embargo, al menos discutible que pueda alegarse en amparo la libertad en sentido genérico sin referirse concretamente a la libertad personal amparada en el art. 17 CE, pues aquella alegación está más próxima a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), que como derecho fundamental (art. 17 CE). Pero obsérvese que la primera servirá como canon hermenéutico que ayude a la labor de determinar si en las concretas medidas limitadoras de los derechos fundamentales se ha producido un sacrificio innecesario o desproporcionado del derecho limitado. En esta operación, que consiste en el análisis de dicha desproporción entra en juego de manera muy significativa la consideración del valor libertad proclamado en el art. 1.1 CE, puesto que, en el juicio de proporcionalidad entender que se ha producido un sacrificio innecesario o desproporcionado, por ejemplo, de la libertad personal, equivale en términos valorativos a entender que, en el balance entre libertad sacrificada y libertad preservada se ha perdido, en definitiva, en términos de libertad entendida en sentido amplio de autonomía individual y que se deriva de los valores libertad (art. 1.1 CE) y dignidad personal (art. 10.1 CE). Véase en este sentido LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., pp. 139 y ss.

¹⁸. Cfr. BARNÉS, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», cit., pp. 20 ss. En refuerzo de esta tesis, la propia declaración contenida en el art. 10.2 de la Constitución, estableciendo que los derechos fundamentales deben interpretarse de acuerdo con los Tratados internacionales suscritos por España y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, abre la vía a una interpretación de los mismos presidida por el principio de proporcionalidad, en sus vertientes de principio de necesidad y de proporcionalidad estricta, toda vez que, conforme a los parámetros hermenéuticos que desarrolla a este respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la limitación de estos derechos debe constituir una «medida necesaria en una sociedad democrática».

Conforme a este planteamiento, basado en la necesidad del respeto del principio de proporcionalidad en la adopción de medidas limitativas de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, como exigencia ineludible de un Estado de Derecho y de una sociedad democrática, se afirma por tanto la ubicación del principio de proporcionalidad en cada uno de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales, posibilitando por esta vía el recurso de amparo por vulneración del principio¹⁹.

Con independencia de la ubicación sistemática del principio de proporcionalidad en uno u otro precepto constitucional, lo cierto es que cabe afirmar que el principio se infiere de varios preceptos constitucionales, reconociéndose por tanto la relevancia constitucional de tal principio y refiriendo incluso típicamente su ámbito de aplicación a la protección directa de los derechos fundamentales alegados²⁰. No obstante, para hacer valer el principio en amparo deberá operar como un criterio de interpretación para enjuiciar la vulneración de los preceptos constitucionales que se invoquen en el recurso, relativos a los derechos fundamentales. En palabras del Tribunal Constitucional, «el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales (...) y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo

¹⁹. El Tribunal Constitucional parece acoger esta tesis en sus últimas sentencias sobre proporcionalidad, en la línea de reconducir la trascendencia constitucional del principio de proporcionalidad a los preceptos tuteladores de los derechos fundamentales (y, especialmente, al art. 17, que proclama el derecho a la libertad personal, por cuanto las alegaciones de desproporción se refieren a penas que son, típicamente, restrictivas de este derecho). Así, la jurisprudencia constitucional a partir de la importante sentencia 55/1996, ha venido a reconocer una vertiente práctica de esta tesis.

²⁰. Así parece desprenderse del recordatorio de la jurisprudencia constitucional en la materia que se realiza en HUERTA TOCILDO, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», cit., si bien se aboga aquí por una mayor eficacia del principio de proporcionalidad y de su control constitucional, sugiriéndose incluso su directa inclusión en el principio de legalidad del art. 25.1 CE. Íd., pp. 58-64.

cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad» (STC 55/1996, FJ 3 *in fine*)²¹.

En definitiva, puede afirmarse, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que el concreto engarce para poder alegar este principio en amparo se encuentra en cada uno de los preceptos constitucionales que recogen los derechos fundamentales que resulten vulnerados por la medida desproporcionada que se cuestiona, constituyendo así el principio de proporcionalidad un límite implícito a la actuación del legislador en la restricción de los derechos individuales que cabe inferir de una interpretación sistemática y teleológica de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los principios generales que informan el Estado de Derecho; en particular, los artículos 1.1, 9.3, 10.2 y 25.1 CE, en cuanto consagran ideas relativas a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la dignidad de la persona y el carácter preeminente de los derechos humanos y de las libertades públicas, o el principio de legalidad entendido en su contenido material de legalidad democrática y sometido a cánones de racionalidad basados en el respeto y adecuado tratamiento de los derechos y libertades de los ciudadanos.

2. Contenido y estructura del principio de proporcionalidad

1. El principio de proporcionalidad de las normas penales es quizá, entre los principios que informan nuestro ordenamiento penal, aquél que ha tenido una formulación menos clara por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Las dificultades para la elaboración dogmática de un concepto de proporcionalidad que satisfaga en la mayor medida posible las exigencias de los modernos Estados constitucionales, así como para la armonización con los otros principios, como el de legalidad, especialmente en lo que se refiere al respeto del legislador democrático, han hecho que el tratamiento doctrinal de la proporcionalidad, así como la aplicación jurisprudencial, se hayan caracterizado en varias ocasiones –aunque con notables excepciones–, por una confusión en la elaboración de los planteamientos y de sus presupuestos esenciales, tanto axiológicos como normativos. Ello ha sido debido en buena parte al notable grado de abstracción y a las implicaciones del principio más allá de un análisis jurídico apresurado del mismo. Como ha sido puesto de manifiesto por la doc-

²¹. Véanse también las SSTC 161/1997, que reproduce la sentencia comentada, así como la STC 136/1999, en menor medida, que la cita, así como los votos particulares de esta última, que reproducen la doctrina contenida en las SSTC 55/1996 y 161/1997.

trina que se ha ocupado con mayor detenimiento de la cuestión, la problemática relativa al principio de proporcionalidad obliga sin duda inevitablemente al estudio de diversos ámbitos científicos —desde la filosofía política a la teoría general del Derecho, o la teoría de la argumentación jurídica, pasando por la economía y la sociología—, por lo que una labor de este tipo excedería con mucho del propósito de este trabajo²². Sin embargo, y a pesar de las dificultades teóricas apenas apuntadas, es posible encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en buena parte por influencia de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, una formulación elaborada del principio, útil a la vez para la resolución de casos concretos, y a cuyo análisis se dedicarán las siguientes páginas. En el análisis de la doctrina constitucional sobre el contenido del principio de proporcionalidad seguiré muy especialmente el planteamiento de LASCURAÍN SÁNCHEZ²³.

2. La formulación actual del principio de proporcionalidad se debe en gran medida a la jurisprudencia alemana y, especialmente, a la doctrina del Tribunal Constitucional alemán²⁴.

En una primera aproximación el principio de proporcionalidad en materia penal puede entenderse, en un sentido tradicional, como un principio que reclama una relación equilibrada entre el hecho punible previsto en la norma y la pena aplicada. Así, el principio de proporcionalidad se ha entendido como proporcionalidad de la pena con la conducta sancionada («proporcionalidad en el hecho») y, en este sentido, se ha distinguido entre proporcionalidad respecto del hecho típico y respecto de la culpabilidad del autor. En un sentido más moderno, la proporcionalidad se ha exigido, por una parte entre la norma penal (comprensiva del supuesto de hecho, o la conducta descrita en la norma, y la consecuencia jurídica que se anuda a aquélla, típicamente la pena), y el fin perseguido por la norma penal (proporcionalidad en el sentido teleológico de adecuación de la norma al fin perseguido por ésta). De acuerdo con este último criterio, una norma penal proporcionada será aquélla que establezca una pena

²² Para un análisis exhaustivo del principio de proporcionalidad en materia penal véase la monografía de AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999. Un estudio muy detallado y analítico del contenido del principio en relación con las limitaciones de los derechos fundamentales, con aplicación a casos de la jurisprudencia constitucional, puede verse en la amplia monografía de BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 2003, especialmente, pp. 686-806.

²³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., pp. 159 ss.

²⁴ Cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., pp. 63 ss.

acorde con el fin que se propone a través de la tipificación y sanción del comportamiento descrito²⁵.

Sin embargo, a la luz de la dogmática penal y constitucional actuales, así como de la evolución de la jurisprudencia, es preciso ahondar más en el concepto de la proporcionalidad de las normas penales. Esta necesidad se justifica, a mi entender, porque en un Estado democrático, que se funda en una serie de principios y valores a los que debe quedar sometida la actuación del poder público, es preciso delimitar con precisión los contornos de aquellos principios, en especial de los que tienen trascendencia en materia penal, por ser éste el ámbito en el que se manifiesta en mayor medida la actuación del Estado en la limitación de los derechos fundamentales. Junto a ello, se sitúa la consideración de que el principio de proporcionalidad, que deriva, como hemos visto, de una serie de disposiciones constitucionales que tienen que ver con la proclamación de ciertos valores y principios de la configuración constitucional de nuestro Estado, no puede a mi entender agotar su contenido en una estricta relación entre el hecho punible y la pena aplicada, pues semejante reducción del principio no encuentra fundamento constitucional completo en los valores que informan la actuación del Estado de Derecho y, fundamentalmente, en la libertad²⁶. Como cabe inferir de nuestro texto constitucional, a través de una interpretación fundada en la centralidad de los derechos fundamentales y de los valores que éstos representan, el principio de proporcionalidad es una manifestación -una de las más importantes, sobre todo en el ámbito penal- de un criterio democrático de legitimidad del Estado, que proclama la libertad, genéricamente entendida como autonomía personal²⁷, como uno de los

²⁵. En este sentido, véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., pp. 159 ss. Este entendimiento del principio de proporcionalidad lleva a mi entender, junto con BACIGALUPO ZAPATER, a la discusión sobre los fines de la pena y su tratamiento constitucional, en relación con dicho principio. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?», cit., p. 941. Sobre esta cuestión cfr. también LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., pp. 38 ss.

²⁶. Así como puede verse, de alguna manera, el fundamento de la *proporcionalidad estricta* de las normas penales en la proclamación por la Constitución del valor de justicia (art. 1.1) y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3), un entendimiento amplio del principio de proporcionalidad exige tener en cuenta la incidencia de aquellas normas en la libertad, lo que se deriva, a mi juicio, de la proclamación en la Constitución del valor libertad (art. 1.1), y de la dignidad de la persona (art. 10.2), en relación con los derechos fundamentales.

²⁷. Sobre la libertad y la autonomía personal como justificación del *ius puniendi* estatal en la filosofía de NINO, brevemente, puede verse «La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos», cit., pp. 29 ss. Sobre esta cuestión, más en profundidad, puede consultarse *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980. Vid. también *Introducción a la filosofía de la acción humana*, EUDEBA, Buenos Aires, 1987.

valores fundamentales que deben presidir la actuación del poder público. Por ello la llamada proporcionalidad estricta entre conducta y sanción no justifica *per se* la norma penal de que se trate, sino que su imposición debe responder también -y fundamentalmente- a criterios valorativos en términos de «economía de la libertad»²⁸.

La norma aplicada debe en este sentido ser útil para generar más libertad de la que sacrifica, y sólo si es capaz de preservar más libertad, en términos genéricos, de la que priva, podrá estar justificada su imposición en un Estado de Derecho, sólo así podrá ser considerada realmente proporcionada. Es así como el principio de proporcionalidad requiere de un juicio genérico de ponderación entre la libertad sacrificada por una medida limitativa de los derechos individuales y la libertad generada con su aplicación. Como señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, el principio de proporcionalidad «compara lo perdido y los ganados por una medida normativa o aplicativa de tipo instrumental, y lo hace con la concreta aunque lábil vara de medir que suministran el valor libertad, entendido como autonomía, y el objetivo del ordenamiento de optimizar los márgenes individuales y sociales de libertad»²⁹. De acuerdo con ello, el principio de proporcionalidad se configura como una garantía fundamental de la efectividad de los derechos fundamentales, y lo es al mismo tiempo de la racionalidad de la actuación del poder público y, muy especialmente, de la confi-

²⁸. Este entendimiento del principio de proporcionalidad se deriva a mi juicio de la propia fundamentación constitucional del principio, que he analizado en el apartado anterior, y que lleva a entender el principio en relación con una determinada concepción de la libertad que se sitúa en la base del sistema de valores establecido por la Constitución, y que trae causa del propio criterio de legitimidad del *ius puniendi* estatal. En relación con esta cuestión, NINO habla del «principio de protección prudencial de la sociedad», señalando que este principio establece que «una condición necesaria para la legitimación del castigo penal es que éste represente una manera eficaz y económica de prevenir males mayores a la sociedad que aquéllos implicados en dicho castigo». Para NINO esta condición conlleva diversas subcondiciones, en el siguiente fragmento que transcribo por su calidad didáctica: «aquella de la *eficacia*: la aplicación de la pena debe tener éxito a la hora de evitar los males de los que hablábamos; aquella de la *economía*: hace falta que no existan otras formas de evitar dichos males que supongan causar un mal menor que el que causaría la aplicación de la pena; aquella del *equilibrio*: los males que implica la aplicación de la pena deben ser menores que los prevenidos; aquella de la *inclusión*: los males sufridos por aquéllos a los que se impone la pena deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer el equilibrio de que hablábamos antes». *Vid. id.*, «Subjetivismo y objetivismo en el Derecho penal», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, número 1, 1999, p. 76. En el mismo sentido, *id.*, en «La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos», *cit.*, p. 38.

²⁹. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», *cit.*, pp. 159-160.

guración del *ius puniendi* estatal, como manifestación más intensa e invasiva de la esfera de los derechos fundamentales por parte del Estado³⁰.

3. Como ha sido destacado por LASCURAÍN SÁNCHEZ, el principio de proporcionalidad ha sido objeto de un amplio debate, por una parte, en torno a su contenido y, por la otra, a su naturaleza³¹.

En relación con su contenido, el principio de proporcionalidad tendría una acepción estricta, que aludiría a una relación entre la pena prevista y el fin perseguido por la norma, y una más amplia, rica y compleja, que proviene de la conexión del principio con una cierta economía de la libertad. Con esta última orientación, el principio comportaría no sólo la interdicción de la pena excesiva respecto a su fin, sino también la que resulte innecesaria para alcanzarlo en relación con otras medidas posibles.

Por otra parte, por lo que se refiere a la naturaleza del principio, el debate enfrenta por un lado a los que lo entienden como una directriz o como meta que señala una directriz, y por el otro, a los que consideran que el principio debe ser entendido más bien como criterio mínimo de legitimación. Si la primera concepción admite un cumplimiento gradual del principio por su destinatario, la segunda supone un test mínimo de aceptabilidad, y requiere una respuesta afirmativa o negativa³².

De acuerdo con estas consideraciones, aquí se va a partir de un entendimiento del principio de proporcionalidad en sentido amplio, y configurado

³⁰. Así, señala LASCURAÍN SÁNCHEZ que el principio de proporcionalidad «encauza hacia la norma penal y hacia la aplicación judicial de la misma el a su vez restringido grupo de valores fundante del criterio democrático de legitimidad; recurriendo a la Constitución española, a su preámbulo y a sus artículos primero y décimo, este grupo de valores puede estimarse integrado por la dignidad de la persona, la libertad, la justicia, la igualdad y la seguridad», en «La proporcionalidad de la norma penal», cit., pp. 160-161.

³¹. *Ibíd.*, p. 161.

³². Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., p. 161. En la moderna Teoría del Derecho, y muy especialmente, en la llamada Teoría de la Argumentación Jurídica, suele distinguirse entre directrices y reglas, como categoría de las normas jurídicas en sentido amplio. La distinción fue acuñada por primera vez por ALEXY, para quien los principios son 'mandatos de optimización', mientras que las reglas son normas que demandan un cumplimiento completo. De acuerdo con ello, mientras estas últimas sólo pueden ser cumplidas o incumplidas, los principios pueden ser cumplidos gradualmente, ya que expresan finalidades, objetivos deseados por el legislador, pero no imponen obligaciones en cuanto a los medios. Por ello, a diferencia de las reglas, cuya forma característica de aplicación es la subsunción, la forma característica de aplicación de los principios es la ponderación. Cfr. ALEXY, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa*, núm. 5, 1988, p. 143.

además como un juicio de mínimos³³. La acepción amplia del contenido del principio de proporcionalidad, conforme a la cual aquél no se agota en una mera relación singular de medios a fines, sino que comprende una valoración de los beneficios y costes globales para el conjunto de la sociedad derivados de la imposición de la medida penal, se deriva de un criterio de legitimidad democrática de nuestro Estado de Derecho, criterio que responde a un principio utilitarista que condiciona la intervención estatal a resultados de mejora de los márgenes sociales de libertad³⁴.

Por su parte, el entendimiento del principio como criterio «de mínimos» se deriva a partir del sentido y utilidad del principio como principio de legitimación, a partir de la legitimidad del Parlamento para realizar las valoraciones que en él están en juego, y a partir de las limitaciones del Tribunal Constitucional en su función de control del principio³⁵. En este sentido, un correcto entendimiento del equilibrio, por una parte, entre los límites del legislador en la restricción de los derechos fundamentales, de acuerdo con el carácter vinculante de estos últimos, y de la posición institucional -democrática- del legislador en la configuración de los tipos y el establecimiento de sanciones penales, sugiere una interpretación del principio de proporcionalidad que se sitúe a medio camino entre un mandato orientativo al legislador, de carácter 'débil' o meramente programático, pero sin ninguna trascendencia sobre la eficacia de las eventuales normas penales que se apartaran de este criterio, y un principio 'fuerte', de máximos, capaz de predeterminar en sus líneas fundamentales la política criminal y, por lo tanto, instrumento para una judicialización excesiva del sistema ajena al criterio de legitimación de un Estado democrático³⁶.

En este marco de actuación, el Tribunal Constitucional mantiene, como regla general, una concepción del principio de proporcionalidad como juicio de mínimos, de acuerdo con la cual el control constitucional relativo a la proporcionalidad de las normas penales no debe suponer un control de calidad o perfectibilidad de la norma, sino solamente un test de mínimos sobre el respeto del principio.

³³ En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., pp. 159 ss.

³⁴ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., pp. 159 ss.

³⁵ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., pp. 159 ss.

³⁶ Obsérvese cómo ambas posiciones extremas encontrarían cabida en una concepción del principio de proporcionalidad como directriz, pues éste podría observarse por el legislador -y, posteriormente, por el Tribunal Constitucional- en un grado muy bajo (mandato programático), o en un grado muy elevado (juicio de máximos en un cumplimiento mayor del principio).

4. De acuerdo con este entendimiento constitucional del principio su contenido puede configurarse como comprensivo de los principios de proporcionalidad en sentido estricto y de necesidad. La norma penal será proporcionada, por lo tanto, si resulta ser internamente proporcionada, es decir, proporcionada a la sanción y al fin efectivo que persigue y, además, si resulta necesaria para conseguir este fin. Pero, como advierte LASCURAÍN SÁNCHEZ, para que este análisis pueda proceder, es necesario tener en cuenta dos presupuestos fundamentales previos al análisis de proporcionalidad propiamente dicho, y que se refieren a la calidad del bien protegido y a la propia instrumentalidad de la sanción, en la línea de las condiciones que ya MAYER, en los años 20 del siglo pasado, exigiera para la justificación de la protección penal: que se trate de un bien digno de protección (*Schutzwürdigkeit*), necesitado de protección (*Schutzbedürftigkeit*) y con capacidad de ser protegido (*Schutzfähigkeit*)³⁷.

A partir de estos presupuestos, el contenido del principio de proporcionalidad está integrado por una serie de juicios o escalones valorativos, denominados en ocasiones ‘subprincipios’³⁸, y a los que la doctrina del Tribunal Constitucional se refiere como requisitos o condiciones del principio de proporcionalidad. Al significado de estos ‘subprincipios’ o juicios de proporcionalidad me referiré brevemente a continuación.

a) *Calidad o legitimidad del fin de la norma*

Como primer presupuesto del juicio de proporcionalidad, el fin de la norma debe ser un derecho, una libertad o una condición de libertad. En concreto, debe tratarse de un interés o bien jurídico digno de protección, constitucionalmente relevante, de modo que pueda justificar *prima facie* la adopción de una medida limitativa de derechos, como es la medida penal. La determinación de cuáles son esas libertades, esos bienes o esas condiciones debe realizarse desde

³⁷ MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg (Carl Winters), 1923 (2ª. ed.), pp. 22 ss. En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., p. 163.

³⁸ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., pp. 159 ss. A los requisitos o escalones del principio de proporcionalidad de la ‘idoneidad’, la ‘necesidad’ y la ‘proporcionalidad en sentido estricto’ se refiere también la doctrina más reciente como «subprincipios de la proporcionalidad». Vid. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., pp. 67-70. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 686 ss. El análisis de la aplicación de los distintos escalones del juicio de proporcionalidad se llevará a cabo al hilo de la exposición de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *vid. infra*, III.

los presupuestos axiológicos del Estado de Derecho y del sistema de protección de los bienes jurídicos que de ellos se deriva y de acuerdo con el que cabe fundamentar aquella restricción de la libertad que conlleva la adopción de la medida. En este sentido, como señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, el análisis sobre la calidad del fin de la norma prevista por el legislador debe realizarse a partir de la reflexión sobre «el criterio democrático de legitimidad y desde la plasmación constitucional del mismo en una serie de derechos y de condiciones y mecanismos para su efectividad y protección»³⁹. A este requisito del principio de proporcionalidad se refiere el Tribunal Constitucional cuando afirma que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya «si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino socialmente irrelevantes» (STC 55/1996, FJ 7)⁴⁰. El juicio sobre la calidad del fin de la norma demanda en definitiva una valoración de la misma acorde con bienes o intereses valiosos para la comunidad de acuerdo con las valoraciones constitucionales⁴¹.

b) Idoneidad

El juicio de proporcionalidad requiere en segundo término la comprobación de la idoneidad de la medida sancionadora que se propone para conseguir el fin perseguido por la norma penal. Se trata de un presupuesto que se refiere a la idoneidad –o adecuación– instrumental de la norma, y que consiste en la

³⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., pp. 164., quien advierte sin embargo que de ello no cabe llegar a la conclusión que el fin perseguido por la norma sólo resulta legítimo cuando coincida con la protección de alguno de los denominados bienes jurídico-constitucionales, sino que más bien cabe derivar la calidad del fin de la norma de la coherencia con aquellos bienes y con los principios que informan el Estado de Derecho, en la medida en que la garantía de los mismos requiera la intervención penal. Por ello, ni todos los bienes o derechos constitucionales tienen que gozar de protección penal, ni todos los bienes jurídico-penales tienen que encontrar reflejo expreso en la Constitución para su legitimación. Cfr. Íd., «La proporcionalidad de la norma penal», cit., pp. 164-165.

⁴⁰ STC 111/1993, y SS TC 161/1997 y 136/1999, que reiteran esta consideración.

⁴¹ No es éste el lugar para adentrarse en el debate –muy polémico por otra parte en la doctrina penal y constitucional, sobre todo por la influencia de la doctrina italiana sobre los valores constitucionales–, sobre el grado de vinculación del legislador penal a los denominados bienes jurídicos de relevancia constitucional o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, problemática que, por otra parte, ha resultado en buena parte imprecisa y estéril, desde el momento en que resulta muchas veces muy difícil negar la relevancia constitucional –al menos implícita o indirecta– de los bienes jurídicos que son objeto de protección jurídico-penal. En este sentido, vid. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., p. 184. Puede obtenerse una breve panorámica de esta cuestión en *Ibíd.*, pp. 169-201.

idoneidad cualitativa de la sanción para alcanzar el fin pretendido⁴². El requisito ha sido exigido en jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, al establecer «en segundo lugar deberá indagarse si la medida era idónea (...) para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión»⁴³. El juicio sobre la idoneidad constituye un juicio «de mínimos», acorde con el reconocimiento al legislador de un margen amplio de valoración política en el ejercicio de su competencia legislativa.

Tanto el juicio sobre la calidad de la norma como el de idoneidad son en cierta medida más bien presupuestos de la proporcionalidad, en cuanto determinan el contexto lógico-normativo en el que se va a desarrollar posteriormente el juicio de proporcionalidad —ya en términos de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto—, que tiene que ver con la valoración de las razones jurídicas que pueden esgrimirse a favor del fin perseguido por la medida penal y las razones a favor de la protección de la libertad y de los derechos afectados por su imposición.

c) *Necesidad*

El llamado juicio de necesidad supone que la medida que se propone debe ser necesaria para alcanzar el fin perseguido, de modo que la medida penal no será proporcionada si este mismo objetivo puede ser alcanzado a través de otras medidas menos lesivas o gravosas. El juicio de necesidad se funda, por tanto, en la comparación de la norma en cuestión con una norma hipotética que establece medidas alternativas a la primera, medidas que deben ofrecer una funcionalidad manifiestamente similar a la de las contempladas por la norma comparada⁴⁴. Este requisito debe ser entendido en un sentido amplio y respetuoso con el margen de valoración que corresponde al legislador, de modo que el examen al que aquél remite debe constatar que con otras medidas no se alcance lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado una «funcionalidad manifiestamente similar» a la de la medida penal que se enjuicia⁴⁵. Para

⁴². Señala el carácter de juicio previo o de presupuesto para la proporcionalidad de este requisito LASCURAÍN SÁNCHEZ, al afirmar que «sin esa calidad instrumental —con la que se refiere este autor a la idoneidad de la medida para alcanzar el fin que persigue— no hay proporción: no hay beneficio posible a partir del perjuicio que en sí supone la restricción», «La proporcionalidad de la norma penal», cit., p. 165.

⁴³. STC 136/1999, FJ 23.

⁴⁴. Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., pp. 167-169.

⁴⁵. Cfr. en este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., pp. 167-168.

ello no hace falta que las hipotéticas medidas alternativas sean igualmente eficaces a la que se propone, pues, de ser así, un entendimiento tan estricto del requisito de la proporcionalidad se encontraría con graves dificultades prácticas -resultando, en la gran mayoría de los casos, de imposible aplicación-⁴⁶, además de llevar a resultados no deseables de excesiva fiscalización por parte del Tribunal Constitucional de la competencia legislativa⁴⁷.

d) proporcionalidad interna o proporcionalidad en sentido estricto

Por último, el juicio de proporcionalidad se refiere a la proporcionalidad en sentido estricto o proporcionalidad interna. Constituye éste el juicio más complejo de proporcionalidad, y que condensa los propios fundamentos axiológicos que se sitúan detrás de la idea y del sentido de este principio. Frente al juicio de necesidad, que compara la eficacia de la norma penal con otra norma hipotética, el de proporcionalidad es un juicio meramente interno que relaciona los beneficios y los costes globales en términos de libertad de una norma penal⁴⁸.

Tradicionalmente este escalón del juicio de proporcionalidad ha venido siendo entendido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como un juicio comparativo entre el hecho previsto por la norma y su sanción penal (*proporcionalidad en el hecho*), o como relación proporcionada entre la entidad del delito y la entidad de la pena⁴⁹ -se habla así, de desproporción entre conducta y sanción, entre hecho punible y pena-, en el que debe tenerse también en cuenta la culpabilidad del autor en relación con la pena que se le imponga⁵⁰. De manera más general, se exige proporcionalidad entre la respuesta penal pretendida por el ordenamiento y el fin perseguido por la norma

⁴⁶ Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., pp. 168.

⁴⁷ En este sentido se manifiesta desde el principio la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que desde la STC 55/1996 afirma que la realización del juicio de necesidad compete al legislador, por lo que «sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podrá procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento» (STC 55/1996, FJ 8). Un análisis más detenido del examen constitucional de la necesidad se realizará al hilo del comentario de los supuestos sometidos al enjuiciamiento del Tribunal constitucional, y de la jurisprudencia que en torno a los mismos el Tribunal ha venido realizando.

⁴⁸ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., p. 169.

⁴⁹ Un resumen muy ilustrativo de este entendimiento del principio puede verse en la STC 136/1999, FJ 23.

⁵⁰ SSTC 55/1996 y 161/1997, entre otras.

penal⁵¹. De esta última consideración cabe realizar sin embargo una mayor precisión del contenido del principio de proporcionalidad «en sentido estricto», a través del análisis lógico-argumentativo de la relación entre el fin previsto por el legislador y la medida limitativa de los derechos individuales constituida por la pena⁵². Ello implica que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa deben compensar los sacrificios que ésta implica para los que se ven afectados por ella, a través de la restricción de sus derechos fundamentales, y para la sociedad en general⁵³. De este modo, el principio de proporcionalidad en sentido estricto constituye el reflejo de un principio utilitarista, que pone el acento en la comparación general entre la libertad sacrificada por la medida limitativa del derecho individual y la libertad ganada para el conjunto de la sociedad. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto se corresponde, por tanto, con una ponderación entre la libertad o los derechos individuales sacrificados por la intervención legislativa y los beneficios en términos de mayores márgenes de utilidad social que se deriven de su aplicación⁵⁴. Del juicio de proporcionalidad estricta debe acentuarse por tanto la globalidad de la compa-

⁵¹. La idea se halla presente, en general, en todas las sentencias del Tribunal Constitucional sobre proporcionalidad. *Vid.*, además de las sentencias citadas en la nota anterior, las SSTC 37/1989 y 111/1993.

⁵². Cfr. en este sentido, BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 757 ss.

⁵³. BERNAL PULIDO aplica la teoría de los principios desarrollada por ALEXY para explicar la ponderación que debe realizarse en el juicio de proporcionalidad. De este modo, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto consiste fundamentalmente en una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, con el fin de poder fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin. Por ello —señala BERNAL PULIDO—, «si el derecho fundamental adquiere prioridad en esta relación de precedencia, la norma fundamental adscrita *prima facie* a su ámbito normativo adquirirá a su vez una validez definitiva y la norma penal deberá ser declarada inconstitucional. Si, por el contrario, la prioridad se atribuye al fin del Legislador, la norma iusfundamental adscrita *prima facie* perderá todo tipo de validez y la norma legal deberá ser declarada conforme con la Constitución». Íd., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 758. *Cursiva en el original*.

⁵⁴. Para BERNAL PULIDO, los objetos normativos que se ponderan en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto son, «por una parte, el derecho fundamental afectado y, por la otra, el derecho constitucional de primer o de segundo grado que fundamenta la intervención legislativa (el objeto mediato de la intervención legislativa). *Vid.* *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 758-759. En relación con la ponderación, siguiendo a ALEXY, determina este autor la operatividad de los principios de acuerdo con su 'peso' en la ponderación. *Vid.* en este sentido BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., con más referencias y la obra de ALEXY allí citada, pp. 757-798. Para la determinación del 'peso concreto' de los principios participantes en la ponderación, *vid.* especialmente p. 786, nota 315.

ración, «que lo es de todos los costes y los beneficios de la norma, y no sólo de los costes que comporta la naturaleza de la sanción y de los beneficios en que consiste la finalidad de la norma»⁵⁵. Es decir, no se trata aquí simplemente de referir la norma penal enjuiciada a un hipotético baremo de proporcionalidad conforme al cual se constate una relación equilibrada de sus elementos internos, en la que se comprueba una relación proporcionada entre la «entidad del delito y la de la pena aplicada», sino que de nuevo debe darse un juicio de proporcionalidad desde una perspectiva global, que compare la libertad sacrificada por la norma con la libertad ganada tras su aplicación⁵⁶.

3. Racionalidad y proporcionalidad

En las siguientes líneas voy a tratar de esbozar, a grandes rasgos, algunas reflexiones en torno a la idea de proporcionalidad como criterio de racionalidad en la actuación del legislador.

Por racionalidad del legislador entiendo aquí la coherencia del legislador en las soluciones adoptadas en un conjunto armónico de medidas legislativas equivalentes, de manera que el legislador reaccione de manera análoga ante supuestos similares.

En cuanto al ámbito de la exigencia de racionalidad del legislador en su actuación, entiendo que ésta debe exigírsele, al menos, con respecto a las me-

⁵⁵. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», cit., p. 169.

⁵⁶. Sin duda esta operación exige tener en cuenta multitud de elementos, muchos de los cuales se presentan al intérprete de manera insuficiente o solamente en algunos de sus aspectos. El juicio de proporcionalidad interna presenta un carácter eminentemente valorativo, pues parte de presupuestos que, tanto axiológica como fácticamente, adolecen de una notable falta de precisión y estabilidad, desde la labilidad del concepto de libertad, de contornos difícilmente determinables incluso sobre la base de criterios exclusivamente jurídicos, hasta la inicial indeterminación empírica de la efectividad de las normas, ya que es *ex ante* prácticamente imposible determinar con precisión cuáles van a ser los costes exactos en términos de libertad que comportará la adopción de una determinada medida. De igual manera sucede con el juicio de necesidad, pues su formulación obedece en última instancia a un juicio hipotético y, en el mejor de los casos, sobre la base que ofrecen las técnicas empleadas en las ciencias sociales, como el análisis estadístico. Resulta por ello acertada la apreciación que realiza LASCURAÍN SÁNCHEZ cuando afirma a este respecto que «aunque podamos convenir en situar la eficacia de una norma penal en la conformidad de los comportamientos de sus destinatarios con lo en ella prescrito, desconocemos aún la influencia de la norma en dicha conformidad, dado que el Derecho Penal se imbrica con múltiples mecanismos jurídicos y no jurídicos de control social». *Vid.* «La proporcionalidad de la norma penal», cit., pp. 176 ss.

didas equivalentes que adopte en un determinado momento histórico, especialmente a las que se contienen en el mismo cuerpo legislativo, como el Código Penal y —aunque esta consideración es ciertamente más discutible—, en menor medida, también le es exigible una actuación racional en el momento del cambio de la regulación existente, en el sentido que debe justificar el cambio de criterio, de manera análoga a lo que debe exigirse a nivel judicial *mutatis mutandis* en el *overruling* para la justificación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Constitucional, cuando se apartan del precedente.

Esta reflexión sobre la racionalidad del legislador no responde sino a la intención de tratar de buscar un engarce y una mayor profundización entre el principio de proporcionalidad y sus presupuestos axiológicos que se han analizado con anterioridad, y en particular los principios de justicia como fundamento del Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Estos principios imponen, como garantía de la previsibilidad y justicia de las medidas adoptadas por los poderes públicos que afectan a los derechos de los ciudadanos, una determinada racionalidad mínima en su adopción, que implica una actuación coherente con el sistema de principios y valores del ordenamiento, definido en lo fundamental por el constituyente, pero implementado conforme a un esquema racional por el legislador. Esta idea de la racionalidad del legislador ha sido barajada en ocasiones como criterio de limitación de la potestad legislativa en relación con la proporcionalidad, no ya como fundamento del principio, sino más bien como criterio complementario de éste⁵⁷. En este sentido, BARNES sostiene que el juicio de proporcionalidad puede integrarse o complementarse «con otros tests, en particular, de proporcionalidad relativa o, mejor, de coherencia interna del sistema punitivo, de paralelismo o congruencia de determinadas penas o sanciones entre sí, bien sea en la ley o en su aplicación por la jurisprudencia»⁵⁸. Sin embargo, a mi juicio, la conexión entre la proporcionalidad y la racionalidad resulta mucho más estrecha, de manera que el análisis de la racionalidad de la medida penal —en el sentido de coherencia del sistema punitivo— se produce ya en el nivel del juicio relativo al subprincipio de *necesidad*. Esta idea, por otra parte, se halla presente en los dos votos particulares a la STC 161/1997, aunque sin ánimo de reconducción a un determinado criterio teórico de proporcionalidad. Pero se encuentra también, si bien enunciada tímidamente, en la STC 55/1996, al afirmarse que «cuando se trata de analizar la actividad del legislador en materia pe-

⁵⁷. Cfr. BARNES, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», p. 32.

⁵⁸. BARNES, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», p. 32, y notas 60, 61 y 62.

nal desde la perspectiva del criterio de necesidad de la medida, el control constitucional debe partir de pautas valorativas constitucionalmente indiscutibles, atendiendo en su caso a la concreción efectuada por el legislador en supuestos análogos, al objeto de comprobar si la pena prevista para un determinado tipo se aparta arbitraria o irrazonablemente de la establecida para dichos supuestos. Sólo a partir de estas premisas cabría afirmar que se ha producido un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho»⁵⁹. Por tanto, la coherencia valorativa entre los elementos del ordenamiento que sirven para ordenar axiológicamente las preferencias del legislador democrático debe constituir un parámetro para analizar la proporcionalidad de concretas disposiciones penales, de modo que el análisis valorativo de estas preferencias ofrezca un indicio relevante para constatar si se ha producido un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad, fundamentalmente en lo que se refiere al principio de necesidad⁶⁰.

Como concreción de la idea de racionalidad del legislador, para determinar la proporcionalidad de una medida penal con respecto al fin perseguido por el legislador puede ser útil una combinación de los argumentos jurídicos sistemático y *ad maiorem*, que ofrece la siguiente solución: si para casos similares o de superior gravedad no se ha estimado necesaria una mayor sanción, la medida no resulta necesaria para alcanzar el fin que persigue y, por lo tanto, existen medios menos lesivos de la libertad para preservar el bien o interés jurídico en cuestión protegido por la norma penal. Se objetará que este argumento no es determinante, pues bien puede haber casos en los que el legislador, por una u otras razones de oportunidad, haya estimado suficiente, ante casos de supuesta mayor gravedad, la adopción de medidas menos gravosas, y viceversa. Ello es sin duda en principio legítimo. La determinación de la sanción, no es necesario recordarlo aquí, no responde sólo a una prevención general perfecta o a una retribución pura impuesta de manera absolutamente proporcionada al desvalor que representa el hecho delictivo, sino que el legislador, en la imposición de la sanción, puede tener en cuenta otros criterios. Sin embargo, el legislador está vinculado al propio esquema valorativo que él mismo establece en la configuración del ordenamiento jurídico-penal, y que debe responder a una valoración coherente de acuerdo con la importancia de los bienes jurídicos a cuya protección sirven las distintas normas penales.

⁵⁹. FJ 8 *in fine*.

⁶⁰. Así, para determinar dicha necesidad resulta preciso tener en cuenta el esquema de valores establecido por el legislador, y que se manifiesta a través de múltiples disposiciones de similar o no naturaleza a la de la norma penal cuestionada.

Como consecuencia de ello, puede hacerse la siguiente consideración: el legislador es libre, dentro de los límites establecidos por la Constitución, para fijar un determinado baremo valorativo aplicable a la sanción de las conductas. Pero una vez fijado, entiendo que no lo es para establecer tratos manifiestamente desproporcionados en relación con aquel baremo, pues esta actuación pugna con el valor justicia y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecido por la Constitución⁶¹. Dicha coherencia en la determinación de las sanciones no es, en definitiva, sino una consecuencia del criterio de la finalidad de la norma para determinar la proporcionalidad, a cuya inferencia sirve el esquema de valores a que responde el legislador⁶². A su vez, el grado de coherencia que debe observar el legislador puede determinarse con mayor o menor amplitud, en función de los bienes o intereses en juego. En definitiva, el legislador, en la configuración de los tipos penales y en la determinación de las sanciones, está sujeto a un criterio de racionalidad mínima, que proscribe incoherencias valorativas manifiestamente irracionales, absurdas o arbitrarias, para cuya detección puede servir el análisis de coherencia de sus propias decisiones para casos semejantes. Trataré a continuación de ofrecer una aplicación práctica de esta tesis, en relación con el contenido del principio de proporcionalidad, al hilo del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia.

III. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El planteamiento del problema en la STC 65/1986

El principio de proporcionalidad ha sido objeto de una relativa atención por parte del Tribunal Constitucional, que se ha acentuado en los últimos años

⁶¹. Ello no significa que cualquier tratamiento diferenciado sea por esto desproporcionado, pues la desproporción debe obedecer al riguroso análisis de proporcionalidad que he tratado de esbozar. Una norma penal será desproporcionada sólo si no encuentra en su fundamentación un acomodo razonablemente aceptable en el sistema de valores diseñado por el legislador. Así, por poner algún ejemplo: para salvar la proporcionalidad de la norma cuestionada, en el caso de la negativa del conductor a someterse al test de alcoholemia, si observamos que en general el autoencubrimiento es impune, habrá que dar muy buenas razones para tipificar una forma aislada de autoencubrimiento, y además con una pena considerable. De igual manera, si consideramos que el art. 380 CP trata fundamentalmente de prevenir la comisión del delito tipificado en el art. 379 CP, habrá que justificar debidamente que lo que se pretende en el art. 380 CP es algo más que dicha finalidad de prevención. Me referiré a ello en el siguiente apartado.

⁶². Véase la STC 55/1996, FJ 8 *in fine*.

como consecuencia, en parte, de la influencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶³ y del Tribunal Constitucional federal alemán⁶⁴.

En general, se han ocupado del principio de proporcionalidad varias sentencias del Tribunal Constitucional⁶⁵. No obstante, en el ámbito penal, son pocas las sentencias en las se ha abordado el problema de la proporcionalidad en abstracto de las normas penales y su relevancia constitucional. Puede decirse que es a partir de la STC 55/1996, cuando el Tribunal Constitucional define a grandes rasgos por primera vez en este ámbito la relevancia jurídico constitucional del principio de proporcionalidad de las normas penales, a través de la elaboración de una doctrina más o menos completa sobre la proporcionalidad como elemento de juicio a la hora de enjuiciar concretas vulneraciones de los derechos fundamentales, así como sobre su propia función y límites a la hora de apreciar, sobre la base del principio de proporcionalidad, esas supuestas vulneraciones.

Con anterioridad a la STC 55/1996, el Tribunal Constitucional abordó por primera vez el problema de la proporcionalidad en el ámbito penal en la STC 65/1986, en un asunto de malversación de caudales públicos, en la que los recurrentes plantearon precisamente la desproporción de la pena impuesta. En la sentencia se abordaba por primera vez la posibilidad de controlar la proporcionalidad de las penas en abstracto —es decir, la proporcionalidad de las penas establecida por el legislador, y no referida al momento de individualización judicial— utilizando la vía del recurso de amparo⁶⁶.

⁶³. Véase en este sentido la STC 136/1999, con referencias de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁴. Sobre el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional de la República Federal de Alemania puede consultarse un resumen en AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., pp. 63-66, con amplias referencias.

⁶⁵. Así, pueden verse, además de las que se citan en este trabajo en materia penal, y entre otras, las SSTC 63/1982, 6/1988, 37/1989, 65/1990, 105/1990, 85/1992, 111/1993, 142/1993, 85/1994, 50/1995, 66/1995, 54/1996 o 207/1996.

⁶⁷. Los hechos que dan origen a esta sentencia son en suma los siguientes: el recurrente era propietario de unas cámaras frigoríficas, y tenía relaciones comerciales con la Dirección Comercial de Abastecimientos y Transportes de Teruel consistentes, sobre todo, en servicios de almacenaje y transporte de carne. La Comisaría General de Abastecimientos y Transportes le encargó el transporte y almacenaje de una determinada carne de vacuno congelado de exclusiva propiedad de aquella Comisaría, parte de la cual se apropió y vendió en beneficio propio. La Audiencia Provincial de Teruel dictó sentencia por la que condenó al recurrente, como autor de un delito de malversación de caudales públicos comprendido en el artículo 399 del Código Penal de 1973, en relación con el 394.4, del mismo Código, con la concurrencia de

En el recurso se alegaba, en concreto, la desproporción de la cantidad de pena prevista para el delito de malversación de caudales públicos, cuando la cuantía de la malversación excedía de 500.000 pesetas. Se consideraba que la pena que correspondía a esta modalidad agravada de malversación –reclusión menor, es decir, de doce años y un día a veinte años en el Código Penal de 1973– era manifiestamente excesiva, por una parte, en comparación con los delitos de hurto, estafa y apropiación indebida, con los que podía compararse por la proximidad de las conductas típicas; y, por otra parte, si examinábamos la gravedad de los delitos para los que se preveía la misma pena, con un desvalor, a juicio de los recurrentes, notablemente superior al del delito de malversación (por poner algunos ejemplos, se mencionaban los delitos de homicidio, cooperación ejecutiva al suicidio, causación de lesiones gravísimas o mutilaciones de miembros u órganos principales o enfermedades muy graves, o violación).

El Tribunal Constitucional entendió en este caso que, aunque pudiera reconocerse –como señala en un *obiter dicta*– un fundamento constitucional del principio de proporcionalidad en los artículos 1 y 10 de la Constitución, dicho fundamento no autorizaba la interposición del recurso de amparo, que sólo cabe interponer por vulneración de alguno de los preceptos contemplados en los artículos 14 a 29 de la Constitución, además de la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.2.

En este sentido el Tribunal Constitucional declaró que el artículo 25.1 de la Constitución, que reconoce el principio de legalidad, no incluye un derecho de los ciudadanos al control de la proporcionalidad de las penas en abstracto a través del recurso de amparo, por lo que la única vía admisible de control de dicha proporcionalidad sería a través del recurso o la cuestión de inconstitucional por parte de los órganos institucionales y judiciales con competencia para su planteamiento.

la agravante de reiteración, a la pena de dieciséis años, cuatro meses y un día de reclusión menor, con la accesoria de inhabilitación absoluta. La Audiencia Provincial utilizó la facultad que le concedía el art. 2.2 del Código Penal, proponiendo al Gobierno el indulto parcial, en los siguientes términos «exponiendo lo conveniente para que la grave pena impuesta sea conmutada por la de seis años y un día de presidio mayor en inhabilitación absoluta por el mismo período de tiempo, que se estima más equitativa y procedente». Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, fue desestimado por sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1983, lo que no obstó para que el propio Tribunal Supremo reconociese el acierto de la Audiencia Provincial al proponer el indulto parcial. Un amplio comentario de esta sentencia puede leerse en el artículo de JAÉN VALLEJO, «Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional», en *Revista General de Derecho*, no. 507, diciembre 1986, p. 4928.

2. La STS 55/1996, sobre la negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria

Con posterioridad a esta sentencia, el Tribunal Constitucional no vuelve a pronunciarse sobre el problema de la proporcionalidad de las normas penales hasta la famosa sentencia 55/1996, en la que se analizaba la proporcionalidad en abstracto del precepto que establecía una pena de prisión menor en sus grados medio a máximo —de dos años, cuatro meses y un día a seis años de prisión— al objeto que se negase a cumplir la prestación social sustitutoria⁶⁷.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional aborda por primera vez con cierta profundidad el problema de la proporcionalidad de las normas penales y de su relevancia constitucional y, por lo tanto, de su propia función en el control constitucional de este principio, con sus presupuestos, alcance y límites.

Frente a la sentencia anterior, el Tribunal Constitucional reconoce la posibilidad de invocar en el recurso de amparo la vulneración del principio de proporcionalidad de manera indirecta pues, aunque declara que el principio no constituye un «canon de proporcionalidad autónomo»⁶⁸, su vulneración puede alegarse en la medida en que la desproporción de la norma penal cuestionada suponga un sacrificio innecesario o patentemente desproporcionado de la libertad, o del derecho que se invoca en amparo y que resulta, por dicha desproporción, vulnerado⁶⁹.

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en esta sentencia, y que se repetirá en las posteriores, parte de un presupuesto ineludible y que tiene que ver con lo que se ha denominado la posición institucional del legislador democrático, consecuencia jurídico-constitucional del propio criterio de legitimidad del Estado. El Tribunal reconoce así que, en un Estado democrático y de Derecho, la competencia para determinar la política criminal en un determinado y concreto momento histórico corresponde al legislador⁷⁰.

⁶⁷. Esta pena fue establecida por Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal, y se deroga el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, art.2. El delito desaparece en el vigente Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal).

⁶⁸. STC 55/1996, FJ 3.

⁶⁹. Cfr. STC 55/1996, FJ 3 *in fine*.

⁷¹. Así, afirma el Tribunal: «La respuesta a esta cuestión debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones

Sentada esta premisa, el Tribunal Constitucional comienza el análisis de cada uno de los escalones del juicio de proporcionalidad que se han analizado en el apartado anterior, señalando, en primer lugar, la necesidad de que la norma penal en cuestión proteja bienes constitucionalmente relevantes, así como la idoneidad de la sanción propuesta para la protección de tales bienes. Posteriormente, se señalan los requisitos de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, que afecta a la proporcionalidad entre conducta y sanción.

En relación con el juicio de necesidad el Tribunal Constitucional se muestra en este primer momento muy cauto en cuanto a su apreciación, y así afirma con rotundidad:

«la realización del juicio de necesidad compete al legislador es una afirmación que ya hemos reiterado y justificado, al igual que la del amplio margen de libertad del que goza y que deriva, no sólo de la abstracción del principio de proporcionalidad (STC 62/1982, fundamento jurídico 5.) y de la reseñada complejidad de la tarea, sino también y sobre todo de su naturaleza como «representante en cada momento histórico de la soberanía popular» (SSTC 11/1981, 332/1994)».

Consecuencia de esta apreciación será que la competencia del Tribunal Constitucional para determinar la necesidad de las medidas adoptadas estará limitada a que se produzca «un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza»⁷¹, y que cabe determinarlo de acuerdo con pautas muy restrictivas, atendiendo precisamente al respeto de la posición institucional del legislador democrático para determinar las conductas punibles y establecer las sanciones correspondientes, además de para juzgar la necesidad de las soluciones adoptadas en relación con las eventuales medidas menos lesivas. De este modo, concluye el Tribunal,

«sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos res-

penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. Así lo hemos afirmado ya en otras ocasiones [SSTC 65/1986, fundamento jurídico 3; 160/1987, fundamento jurídico 6. b); ATC 949/1988, fundamento jurídico 1], sin que parezca necesario ahora ahondar en su justificación a la vista de nuestro Texto constitucional y de los postulados básicos de un criterio democrático de legitimidad en la organización del Estado» (STC 55/1996, FJ 6).

⁷¹ Cfr. SSTC 66/1985, FJ 1; 19/1988, FJ 8; 50/1995, FJ 7, que cita la STC 55/1996 en el FJ 8.

trictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento»⁷².

Por último, en relación con el último eslabón del juicio de proporcionalidad —el análisis de la desproporción en sentido estricto entre la entidad del delito y la entidad de la sanción prevista por la norma penal, alegada por los recurrentes—, el Tribunal establece de manera análoga la limitada función que corresponde a la jurisdicción constitucional de este juicio de proporcionalidad. Juicio que, como se ha señalado anteriormente presenta un carácter eminentemente valorativo y que corresponde, por ello, en lo esencial al legislador. En consecuencia, declara el Tribunal que «sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional»⁷³. Y, para la realización del juicio, habrá que partir también aquí «de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa»⁷⁴.

3. El desarrollo de la doctrina constitucional a través de la STC 161/1997, relativa a la negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia (art. 380 CP de 1995)

Tras la STC 55/1996, el tema de la proporcionalidad de las normas penales se aborda por el Tribunal Constitucional en la sentencia 161/1997. Es ésta una de las sentencias en las que el Tribunal desarrolla en un mayor grado los presupuestos jurídico-valorativos sobre los que construye su concepción del juicio de proporcionalidad, hasta el punto que puede decirse que esta sentencia condensa la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la cuestión. Y, al mismo tiempo, ofrece en sus razonamientos jurídicos nuevos argumentos para la interpretación dogmática de un supuesto jurídico-penal concreto, como es el relativo al injusto del delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, por lo que el análisis de esta sentencia se efectúa aquí de modo más detallado.

La STC 161/1997 trae causa de una cuestión de inconstitucionalidad suscitada por el Juzgado número 1 de Palma de Mallorca, en la que se ponían de manifiesto dudas de constitucionalidad en torno a la posible vulneración de varios preceptos constitucionales, del artículo 380 del Código Penal de 1995.

⁷². FJ 8.

⁷³. FJ 9.

⁷⁴. FJ 9.

Entre las varias cuestiones suscitadas⁷⁵, interesa ahora destacar la que se refiere a la alegación de posible desproporción de la pena establecida en el artículo 380 CP, en relación con el artículo 556 CP, que tipifica el delito de desobediencia grave. El artículo 380 CP castiga con la misma pena que la prevista para el delito de desobediencia (artículo 556 CP, que establece una pena de seis meses a un año de prisión) al conductor que, *requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior* —es decir, la conducción de vehículos a motor o ciclomotores bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, art. 379 CP—.

La cuestión de la desproporción se planteó en el sentido de que la pena podía resultar desproporcionada en atención a la conducta sancionada y a la propia finalidad de la norma penal que, *prima facie*, parecía ser la prevención de las conductas descritas en el apartado anterior, es decir, del delito de conducción alcohólica o bajo la influencia de otras drogas. En este sentido la pena resultaría desproporcionada, al castigarse con mayor pena la negativa a someterse a las pruebas de detección de droga o alcohol, que la propia conducción bajo la influencia de estas sustancias⁷⁶.

⁷⁵. En la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado núm. 1 de Palma de Mallorca, se alega la posible contradicción del art. 380 CP con los artículos 1.1, 9.3, 17.3, 24.2, 25.2 y 53 de la Constitución española. Particular complejidad reviste la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuestión que el Tribunal Constitucional desestima en la STC 161/1997, que resuelve la cuestión suscitada, de acuerdo con la doctrina, reiterada en la STC 234/1997 de que el sometimiento a la prueba de alcoholemia no constituye declaración alguna en el sentido de art. 24.2 CE y, además, no implica confesión o comprobación de hecho delictivo alguno, sino es de acuerdo con el procedimiento, los efectos y las garantías que rodean la práctica de la prueba preconstituida. Un amplio comentario de la STC 161/1997 lo realiza GÓMEZ PAVÓN, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997, sobre la cuestión de constitucionalidad en relación con el artículo 380 del Código Penal», en CPC, núm. 64 (1998), pp. 97 ss. Véase también el artículo de CARMONA SALGADO y MARTÍNEZ RUIZ, «De nuevo sobre la «inconstitucionalidad» del artículo 380 del Código Penal, al hilo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997 de 2 de octubre», en *La Ley*, núm. 4591, pp. 1-6, en el que se realizan consideraciones muy interesantes relativas a la eventual vulneración del precepto comentado del principio constitucional de igualdad.

⁷⁶. A partir de esta constatación, y sobre la base de los principios de intervención mínima del Derecho penal en un Estado democrático de Derecho en el que debe atenderse, fundamentalmente, al valor libertad, llegan a la conclusión de la inconstitucionalidad del art. 380 CP, CUESTA PASTOR, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre (La constitucionalidad del artículo 380 del Código Penal. Criminalización de la negativa al test de alcoholemia)», en *Revista General de Derecho*, núm. 642, marzo 1998, pp. 1933 ss., y GÓMEZ PAVÓN, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997...», cit., pp. 97 ss.

Sobre esta objeción de inconstitucionalidad, fundada en la alegación del principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional lleva a cabo el examen de los distintos escalones del juicio de proporcionalidad sobre la base de la doctrina desarrollada en la STC 55/1996, a la que se añade el recordatorio de otras, para alcanzar un fallo favorable a la constitucionalidad del precepto penal cuestionado.

Así, comienza el Tribunal el análisis de la proporcionalidad a partir del presupuesto que en la STC 55/1996 había considerado ineludible antes de entrar en el examen concreto de la proporcionalidad de las normas penales. Una vez más, afirma el Tribunal:

«cualquier tacha de desproporción en esta sede y, en general, en jurisdicción de declaración de inconstitucionalidad debe partir inexcusablemente «del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo». En el ejercicio de dicha potestad «el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...)» (STC 161/1997, FJ 9 que cita, a su vez, la STC 55/1996, FJ 6).

De modo que la relación de proporcionalidad debe fundamentalmente ser determinada por el legislador, siendo fruto de un complejo juicio de oportunidad, que no es «una mera ejecución o aplicación de la Constitución» –dice el Tribunal Constitucional–, en el que influyen muy diversos factores, y en el que hay que atender no solamente al fin *a priori* inmediato de la pena, sino a otros fines legítimos de la pena no prohibidos constitucionalmente, y cuya apreciación, así como la determinación del grado de combinación de todos los factores que influyen en la determinación de la pena, corresponde al legislador democrático. Entre los factores que legítimamente puede el legislador tomar en cuenta a la hora de establecer tanto las conductas típicas como las sanciones aplicables a las mismas, se incluyen razones de muy diversa índole, basadas tanto en argumentos clásicos de prevención general y especial, como en argumentos consecuencialistas y de necesidad, que se refieren a la eficacia de la pena en la sociedad para la consecución de determinados fines a través de la incidencia en las conductas de los destinatarios⁷⁷.

⁷⁷. En la STC 161/1997 (FJ 9) se afirma: «De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad» que no supone una mera ejecución o aplicación

Una vez realizadas estas consideraciones, el Tribunal entra en el análisis de la proporcionalidad del precepto cuestionado, sobre la base de que la inconstitucionalidad por desproporción sólo será posible cuando se advierta un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (STC 55/1996, FJ 9). A este respecto el Tribunal advierte que el juicio constitucional que le compete no prejuzga en modo alguno un juicio sobre la calidad o la oportunidad de la norma penal cuestionada, apreciaciones éstas que corresponden al legislador. El juicio constitucional no es un juicio de calidad o de perfectibilidad, sino un verdadero test de proporcionalidad mínima, a partir del respeto que el principio constitucional de proporcionalidad como criterio de mínimos⁷⁸, impone al legislador⁷⁹. De ahí que, como afirma el Tribunal Constitucional,

«una hipotética solución, desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme, nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma» (fundamento jurídico 6). En suma, no se trata ahora de evaluar la eficacia o la bondad del art. 380 ni de calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de

de la Constitución, y para el que «ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena» (STC 55/1996, fundamento jurídico 6)».

⁷⁸. De acuerdo con la concepción del principio de proporcionalidad que aquí se ha defendido, y que es también la concepción del Tribunal Constitucional. Véase la nota 36.

⁷⁹. Así, señala el Tribunal Constitucional: «lejos (...) de proceder a la evaluación de su conveniencia [de la norma penal], de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución, desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme, nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma» (STC 161/1997, FJ 9, que reproduce en este punto la STC 55/1996, FJ 6).

severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si en esta intervención legislativa se han respetado los límites externos que el principio de proporcionalidad impone desde la Constitución al tratamiento de la libertad personal» (STC 161/1997, FJ 9)⁸⁰.

Sentadas estas premisas, que constriñen el juicio de proporcionalidad dentro de límites muy estrictos, el Tribunal comienza el análisis de la proporcionalidad del precepto cuestionado –el artículo 380 CP0150–, sobre la construcción teórica que había elaborado en la STC 55/1996. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, ningún problema presentan los dos primeros escalones del juicio de proporcionalidad, pues ni la norma persigue la preservación de un bien o interés constitucionalmente proscrito o socialmente irrelevante, ni el medio de persecución resulta ser cualitativamente inidóneo. En relación con el primero de los escalones, el relativo a la calidad del fin de la norma, afirma el Tribunal que la norma penal cuestionada no persigue solamente la protección de la ‘seguridad en el tráfico’ como bien jurídico colectivo, sino la protección de la propia vida e integridad de las personas⁸¹.

Más problemas plantea el tercer escalón de la proporcionalidad, relativo al juicio de necesidad, y cuyo examen requiere el análisis de la existencia de medidas palmariamente menos gravosas para alcanzar el fin previsto por la norma penal cuya proporcionalidad se cuestiona. En relación con este juicio, el Tribunal Constitucional concluye afirmando que no cabe inferir la existencia de medidas menos gravosas para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. En este sentido, afirma el Tribunal que, desde la perspectiva constitucional, debe negarse que las medidas administrativas –relativas a las sanciones existentes para el castigo de la conducta, así como las medidas de seguridad que se pudieran arbitrar en el ámbito administrativo, como puede ser la inmovilización del vehículo– sean igualmente eficaces para alcanzar las mencionadas finalidades, así como que las medidas

⁸⁰. Véase el comentario de LASCURAÍN SÁNCHEZ al artículo 380 CP, en AA VV, *Comentarios al Código Penal* (RODRÍGUEZ MOURULLO, dir.), Civitas, Madrid, 1997, pp. 1041-1046.

⁸¹. En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma que «no cabe duda de que la de protección de la seguridad en el tráfico rodado forma parte de las finalidades esenciales del art. 380 Código Penal. La propia expresión de esta finalidad inmediata lleva a la constatación de otra mediata: El riesgo que se trata de evitar -la seguridad que se trata de proteger- lo es fundamentalmente para «la vida o la integridad de las personas» (art. 381), bienes que se integran así en el ámbito de protección de la norma». A ambas finalidades se agrega una tercera, «la dignidad y las condiciones de ejercicio de la función pública -también llamado principio de autoridad» (STC 161/1997, FJ 10).

previstas en la norma cuya constitucionalidad se cuestiona –prisión de seis meses a un año– sean más gravosas para la libertad que aquéllas que se pudieran adoptar en el curso de un procedimiento judicial⁸².

Esta argumentación requiere sin embargo algunas observaciones. Efectivamente, la gravedad de las conductas de conducción bajo los efectos del alcohol o de las drogas, a la que se añade la frecuencia con la que estadísticamente este tipo de comportamientos se asocia a la efectiva siniestralidad del tráfico, no permite afirmar la «manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador» (STC 161/1997). Con ello los requisitos exigidos por el juicio de necesidad resultan cumplidos por la norma cuestionada⁸³. Sin embargo, más discutible resulta la consideración de que, como señala la sentencia, las medidas previstas en la norma penal cuestionada no sean manifiestamente más gravosas que las que se puedan adoptar en el contexto de un procedimiento judicial. En relación con esta cuestión –que no deja de ser aquí menor, por lo que luego se dirá– cabe hacer al menos las dos siguientes consideraciones; en primer lugar, las medidas previstas en el artículo 380 CP son sanciones penales, cuya imposición resulta obligada para el juez una vez constatados los presupuestos para su imposición y la realización del delito, mientras que las medidas alternativas que se aducen en la comparación (como la detención del afectado o incluso la autorización judicial para la práctica coactiva de la prueba) son medidas adoptadas en el contexto de un procedimiento judicial, en el que hay una mayor discrecionalidad –en sentido amplio– del órgano judicial. Y, en segundo lugar, entiendo que la lesividad de las medidas restrictivas de la libertad no depende solamente de la incidencia en la libertad ambulatoria –la igual incidencia en la libertad ambulatoria de una pena de prisión con medidas de carácter procesal con incidencia en la libertad– sino de la le-

⁸². Así, declara el Tribunal Constitucional: «desde los estrictos límites a los que debe ceñirse nuestro enjuiciamiento, debe afirmarse que las medidas alternativas aducidas o no son palmariamente menos gravosas para los ciudadanos -no lo son, por ejemplo, las medidas de compulsión judicial directa previstas en nuestro ordenamiento- o no tienen de forma manifiesta una similar eficacia -no la tienen la inmovilización del vehículo ni las sanciones administrativas, cuya menor gravedad impide a este Tribunal concluir que vayan a causar similares efectos-. Ninguna de las propuestas resulta, pues, convincente para afirmar la manifiesta falta de necesidad de la pena del art. 380 del Código Penal» (STC 161/1997, FJ 11).

⁸³. En sentido contrario se pronuncia el voto particular suscrito por Pablo García Manzano, al que se adhiere Vicente Gimeno Sendra (cfr. FJ 3). Véase también CUESTA PASTOR, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre (La constitucionalidad del artículo 380 del Código Penal. Criminalización de la negativa al test de alcoholemia)», en *Revista General de Derecho*, cit., pp. 1933 ss.

sión o incidencia, más o menos directa o indirecta, de las medidas previstas por el legislador en la libertad personal del afectado entendida en sentido amplio, es decir, en conexión con los demás derechos que, de alguna manera, se ven afectados por la medida, y entre los que cabe destacar los derechos al honor o a la intimidad. Esta apreciación es la que impide a mi juicio considerar de igual lesividad la imposición de sanciones penales que la instrumentación de medidas de compulsión judicial directa previstas en nuestro ordenamiento que pudieran adoptarse en un contexto procesal, de la misma manera que, a mi juicio, no puede predicarse una lesividad igual en la detención que en la imposición de una pena de prisión, pues esta última conlleva una carga de reproche social que incide con mayor fuerza en el derecho al honor o la intimidad del afectado. Por lo que no puede decirse que las medidas previstas por el artículo 380 CP no sean «manifiestamente menos gravosas para los ciudadanos», como afirma el Tribunal en el fundamento jurídico 11. No obstante, aunque pueda inferirse que las medidas previstas por el legislador son más gravosas para la libertad que otras alternativas, no por ello dejan de ser necesarias para la consecución de las finalidades pretendidas por el legislador, desde el momento que las medidas menos gravosas examinadas puedan mostrarse efectivamente menos eficaces, es decir, en términos del Tribunal, «no tienen de forma manifiesta una similar eficacia»⁸⁴.

Finalmente, el Tribunal Constitucional analiza el último de los escalones del juicio de proporcionalidad, relativo a la proporcionalidad interna, y que requiere una mayor reflexión. Se trata aquí de ver si existe una desproporción entre la conducta descrita en el artículo 380 CP —la negativa a someterse al test de alcoholemia— y la sanción penal asignada a esta conducta —la pena de prisión de seis meses a un año—, de acuerdo con el fin previsto por la norma. O, en palabras del Tribunal Constitucional, «la no concurrencia de un desequilibrio patente o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma (...) a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa»⁸⁵. A este respecto argumenta de esta manera el Tribunal Constitucional:

«a la vista de los importantes bienes e intereses protegidos (...) y a pesar de la indudable severidad sancionadora que en sí supone la imposición de una pena privativa de libertad, no constatamos un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» entre el desvalor de la conducta y la sanción que nos conduzca a afirmar que se ha producido

⁸⁴. STC 161/1997, FJ 11.

⁸⁵. STC 161/1997, FJ 12.

una lesión de la libertad desde la perspectiva de los arts. 17.1 y 25.1 CE» pues «no siempre el legislador considera en el Código Penal vigente de menor gravedad o merecedores de menor sanción los comportamientos de incidencia más lejana en el bien finalmente protegido que los que lo afectan de una manera más inmediata. El peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo mayor que el próximo, y esto es, a juicio del legislador, lo que sucede en este caso, en el que, de no atajarse el peligro abstracto se incrementaría de modo incalculable el número de casos en que se produciría el peligro próximo. Por otra parte, debe resaltarse que la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol no sólo constituye un comportamiento delictivo autónomo, sino también una forma de comportamiento imprudente que puede lesionar la vida y la integridad física de las personas. La obligación de someterse a las pruebas referidas en el art. 380 no pretende únicamente la detección y evitación de una conducta peligrosa, sino que se dirige instrumentalmente también a la detección y evitación de la comisión de homicidios y lesiones imprudentes⁸⁶».

Sin embargo, esta argumentación del Tribunal Constitucional encuentra algunos obstáculos precisamente en el plano de la racionalidad de las decisiones del legislador, en relación con la coherencia interna del sistema penal. A continuación trataré de exponer brevemente estas objeciones.

Si consideramos –y así lo hace el Tribunal Constitucional para salvar la constitucionalidad del precepto– que el fin previsto por la norma penal en cuestión es también «la vida y la integridad física de las personas» (lo que en sí resulta discutible), esta apreciación debe haber sido tenida en cuenta por el legislador en la configuración del precepto penal que guarda estrecha relación con el cuestionado y que podemos denominar, de alguna manera, precepto ‘principal’. Obsérvese que el artículo 380 CP castiga la desobediencia a someterse a las pruebas de detección alcohólica o de drogas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, que tipifica la conducta de conducción bajo la influencia de dichas sustancias. Si esto es así, no cabe duda que, si entendemos que el artículo 380 protege la vida y la integridad de las personas, *a fortiori*, y en mayor medida, debe hacerlo también el artículo 379. De lo contrario el legislador incurriría en una incoherencia valorativa que conduciría a declarar la inconstitucionalidad del precepto por ser éste manifiestamente desproporcionado a la finalidad pretendida por el legislador, cuya necesidad y valoración cabe inferir de la respuesta criminal que ha ligado a la

⁸⁶. STC 161/1997, FJ 13 a).

conducta principal, la del delito del artículo 379, respecto del cual el artículo 380 CP no se concibe sino de manera instrumental⁸⁷. El precepto resultaría por ello desproporcionado en una valoración global de adecuación de medios a fines, teniendo en cuenta la coherencia valorativa que le es exigible al legislador de acuerdo con parámetros de racionalidad en la determinación de las conductas punibles y en el establecimiento de las sanciones⁸⁸.

Frente a ello no parece convincente tampoco el argumento aducido por el Tribunal Constitucional para justificar el diferente tratamiento penal de las conductas descritas, respectivamente, en los artículos 379 y 380, consistente en la posibilidad de sancionar más gravemente el peligro remoto que el peligro próximo. Desde el punto de vista que aquí se sostiene, el legislador encuentra un límite de racionalidad precisamente en la lesividad de los comportamientos⁸⁹. El principio de lesividad implica la adopción del criterio de proximidad de la afcción del bien jurídico, por lo que, a igualdad de peligros comparados, el peligro remoto merece una menor valoración de relevancia penal que el pe-

⁸⁷. Esta subordinación o dependencia axiológica del artículo 380 al 379 ha sido puesta de manifiesto en varias ocasiones, de manera más o menos explícita, por la doctrina penal. *Vid.*, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ quien, comentando el art. 380 CP, afirma: «Es un delito que tiene una vinculación doblemente indirecta con el bien jurídico protegido: es un tipo de peligro abstracto que tiene como finalidad evitar la comisión (favoreciendo su persecución) de otro tipo de peligro abstracto al que se encuentra subordinado». *Íd.*, «Delitos contra la seguridad del tráfico», en AA VV, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, *Volumen II*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, p. 726.

⁸⁸. En este sentido también, MOLINA FERNÁNDEZ, «Delitos contra la seguridad del tráfico», *cit.*, p. 726.

⁸⁹. Desde una perspectiva político-criminal, un comportamiento con una lesividad menor puede requerir ser atajado con una pena mayor que un comportamiento de lesividad mayor, pero menos extendido, y en este sentido puede legítimamente imponerse una pena superior de la que le correspondería si se atendiese en su imposición exclusivamente al desvalor de la conducta y al resultado para el bien jurídico. Sin embargo, entiendo que en esta actuación el legislador se encuentra limitado por el sistema de valores establecido en la Constitución y concretado a través de la propia actuación legislativa, que debe desarrollarse conforme a pautas racionales en la determinación de las preferencias axiológicas. Conforme a ello, entiendo que el legislador encuentra un límite de racionalidad en la lesividad de los comportamientos punibles. Es decir, el legislador podrá llevar la pena del delito de peligro, como máximo, hasta el límite superior marcado por la pena del de resultado lesivo -cuando su ámbito de protección, más mediato o inmediato, se extiende a la protección de bienes jurídicos determinados- por la misma razón por la que resultaría inconcebible una punición mayor de la tentativa que del delito consumado, o de la participación que de la autoría y, por ello, el legislador no podrá sobrepasar el límite marcado por el delito de resultado lesivo. De manera análoga, el límite de la punición de los delitos de peligro remoto vendrá marcado por la pena asignada a los delitos de peligro próximo.

ligo próximo, y ello con independencia de que se mantenga una concepción más ontológica o normativa del peligro⁹⁰. Como señala muy gráficamente MOLINA FERNÁNDEZ, la conducta que determina un peligro remoto puede recibir un tratamiento penal más severo que la que determina uno más próximo «cuando se evalúan distintas clases de riesgo para un mismo bien jurídico, o el mismo riesgo para distintos bienes, pero no cuando, como en este caso, se trata de los mismos bienes jurídicos –los que se encuadran en la expresión seguridad del tráfico– y frente al mismo riesgo –conducir bajo la influencia del alcohol u otras sustancias»⁹¹.

Analicemos ahora la terna de delitos que valorativamente pueden ponerse en conexión con el delito del artículo 380 CP, el cual, como sugiere el Tribunal Constitucional, debe ser referido, para analizar la supuesta desproporción, a los artículos que recogen los tipos de delitos de homicidio y lesiones imprudentes. Dicha terna estaría representada por los delitos de homicidio y lesiones, arts. 143 y 152 (resultado lesivo), el delito de conducción alcohólica o bajo la influencia de drogas, art. 379 (peligro próximo), y el delito de desobediencia a la orden de someterse al test de alcoholemia, art. 380 (peligro remoto). Si entendemos que el ámbito de protección del artículo 380 se extiende a la vida y a la integridad de las personas, y a la vez consideramos que la lesividad efectiva debe constituir un límite de racionalidad del legislador en la determinación de la pena, observamos que la pena prevista en el artículo 380 CP –prisión de seis meses a un año– resulta ser inferior a la establecida en el art. 142 para el homicidio imprudente –de uno a cuatro años–, así como a la establecida en el art. 152.2 y 3 para las lesiones muy graves y graves imprudentes –penas de prisión, respectivamente, de uno a tres años y de seis meses a dos años–. Dicha pena resulta sin embargo superior a la prevista en el art. 152.1, que recoge el tipo básico de lesiones imprudente –y que establece una pena de arresto de 7 a 24 fines de semana– y, sobre todo, a la del tipo del art. 379 y que representa, para los bienes considerados, el peligro próximo –y que establece una pena de arresto de 8

⁹⁰. La cuestión de la naturaleza del peligro constituye un tema muy debatido en la dogmática jurídico-penal, que no es posible abordar aquí. En cualquier caso me interesa destacar, para clarificar el debate en torno a esta cuestión, que el problema de la distinta gravedad del peligro próximo y el peligro remoto constituye una cuestión lógico-valorativa que puede ser resuelta con independencia de la concepción que se mantenga del peligro. Tanto si se mantiene una concepción ontológica, epistemológica o normativa, el juicio de peligro se realiza en atención a la lesión del bien jurídico, cuya evitación depende de la menor o mayor proximidad del peligro. Sobre las distintas concepciones de peligro y el principio de lesividad, vid. en nuestra doctrina penal RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 13-38.

⁹¹. MOLINA FERNÁNDEZ, «Delitos contra la seguridad del tráfico», cit., pp. 726-727.

a 12 fines de semana⁹². Mientras este último delito (el del art. 379) puede considerarse que guarda una proporción adecuada con los tipos de resultado lesivo, en la medida en que, si bien es verdad que la pena que establece puede en algunos casos resultar superior—cuando se aplique en su límite mínimo— a la que corresponda a las lesiones imprudentes del art. 152.1, guarda no obstante una relación directa con la prevención de las lesiones más graves e incluso con los homicidios imprudentes, no puede decirse lo mismo de la relación entre el art. 380 y los demás tipos. Pues téngase en cuenta que el artículo 380, aunque guarde relación con los tipos de resultado lesivo indicados, lo hace en primer lugar, y antes que con aquéllos, con el tipo descrito en el propio artículo 379. Por ello, si la finalidad de prevención de lesiones y homicidios imprudentes es una finalidad del art. 380, dicha finalidad, por el principio de racionalidad en relación con la lesividad que se ha desarrollado anteriormente, *debe haber sido incluida por el legislador, a fortiori, también en el artículo 379, que protege la vida y la integridad de las personas de manera más próxima*. Como consecuencia de la aplicación de este criterio de racionalidad, considero que la pena establecida por el legislador en el art. 380 CP debe justificarse atendiendo a algún otro argumento, que puede encontrarse en la consideración de que la norma penal cuestionada atienda a alguna finalidad adicional en la medida en que, además de la protección de la seguridad en el tráfico, y de la vida y la integridad de las personas, pueda proteger también otro bien jurídico distinto. A esto alude el Tribunal Constitucional cuando se refiere a «la dignidad y las condiciones de ejercicio de la función pública—también llamado principio de autoridad—»⁹³.

Por otra parte, el desvalor de la conducta del artículo 380 CP se intenta reconducir por el Tribunal Constitucional al del delito de desobediencia⁹⁴. Así,

⁹² La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código penal, cuya entrada en vigor está establecida para el 1 de octubre de 2004, sustituye la pena de arresto de fin de semana o multa prevista en el artículo 379 por la de «prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses y, en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días (...)», así como la pena de arresto de fin de semana contemplada en el artículo 152.1 por la de «prisión de tres a seis meses». Estas modificaciones no afectan sin embargo a los razonamientos que arriba se exponen.

⁹³ FJ 10.

⁹⁴ Sobre los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia en el delito de desobediencia, y los criterios para diferenciarlo con la falta, puede consultarse, brevemente, el comentario al artículo 556 del Código Penal de JORGE BARREIRO, Ag., en AA VV (RODRÍGUEZ MOURULLO, dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 1353-1354, con referencias jurisprudenciales. Ampliamente, especialmente sobre la relación entre los artículos 380 y 556, con abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales, *vid.* ALONSO RIMO, «La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, drogas tóxicas o sustancias similares como modalidad de desobediencia penal (estudio del bien jurídico protegido en el art. 380 CP)», *RdPP*, no. 10, Año 2003-2, pp. 29-98.

frente a la alegación realizada por los recurrentes, de que el delito de desobediencia se caracteriza por el ánimo del sujeto activo de socavar, desprestigiar o menospreciar el principio de autoridad, y que esa intención, en cambio, estaría siempre ausente en el conductor que se niega a las pruebas de detección de la influencia del alcohol o de drogas, o bien, en cualquier caso, que no sería relevante, pues el nuevo tipo del art. 380 Código Penal no la exigiría, el Tribunal Constitucional declara que «no parece de recibo los argumentos basados en un determinado entendimiento de las normas cotejadas: Presupone discutiblemente la existencia de cierto ánimo peculiar de desprestigio de la autoridad en el delito genérico de desobediencia y parece negar, también discutiblemente, su existencia fáctica en la conducta tipificada en el art. 380 C.P. o su exigencia normativa en el enunciado normativo de éste»⁹⁵. Afirmación, a mi juicio, también muy discutible, pues el juicio de proporcionalidad interna exige, en mi opinión, entrar a analizar el desvalor de la conducta sancionada en la medida que dicha proporcionalidad pudiera resultar afectada. En este sentido el análisis de proporcionalidad interna exige en mi opinión una relativa comparación entre la estructura del tipo previsto en el art. 380, y el previsto en el art. 556. Véase lo que se afirma a este respecto en el voto particular de Pablo García Manzano: «no existe, a mi juicio, correspondencia entre la estructura jurídico-penal en la que se ha alojado este nuevo delito y la conducta real objeto de reproche: No responde ésta al dolo específico de quebrantar o socavar el principio de autoridad, en la abstracción que debe recoger la norma, sino al de eludir la indagación y comprobación del delito tipificado en el anterior art. 379 del mismo Código. Tropieza así el precepto con el principio de proporcionalidad, en relación con el art. 9.3 C.E., que prohíbe la interdicción de la arbitrariedad»⁹⁶.

Al no ser suficiente para el test de proporcionalidad del art. 380 CP, por lo expuesto con anterioridad, la apelación a los fines de protección de la seguridad en el tráfico y de la vida e integridad de las personas, debe buscarse su justificación en la tercera de las finalidades señaladas por el Tribunal Constitu-

⁹⁵ STC 161/1997, FJ 13 b).

⁹⁶ *Vid.* el voto particular de Pablo García Manzano a la STC 161/1997. En el mismo sentido, estimando que la estructura del delito del artículo 380 no se corresponde con la del delito de desobediencia, MOLINA FERNÁNDEZ, «Delitos contra la seguridad del tráfico», cit., pp. 725-726. En sentido contrario, considera que el delito del artículo 380 es una modalidad del delito de desobediencia genérica ALONSO RIMO, para quien además esta interpretación del precepto resulta ser precisamente la vía para admitir la constitucionalidad del precepto. Cfr. «La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, drogas tóxicas o sustancias similares como modalidad de desobediencia penal (estudio del bien jurídico protegido en el art. 380 CP)», cit., pp. 54 ss.; p. 77; y p. 87.

cional, y que remite a la protección de un bien jurídico distinto cual es el orden público en sentido amplio, cuya preservación se busca a través del principio de autoridad, protegido en el delito de desobediencia (art. 556 CP). Esta interpretación restrictiva del tipo previsto en el art. 380, que lo pone en relación de identidad material con la conducta descrita en el art. 556, no es finalmente acogida por el Tribunal como la única interpretación constitucionalmente admisible, sobre la base de que –argumenta el Tribunal– el legislador puede haber considerado que una particular especie de desobediencia, que sería la recogida en el art. 380 CP, debe ser considerada grave por razón del ámbito en el que se produce, es decir, en el ámbito de la seguridad del tráfico. Efectivamente, la consideración de los «importantes bienes e intereses protegidos» por la norma puede determinar un mayor desvalor de la conducta de quien desobedece la orden, en atención a aquellos bienes.

Pero esta consideración no resulta suficiente a mi juicio para justificar la considerable elevación penológica del delito de negativa a someterse a las pruebas de detección alcohólica y de drogas a través de la aplicación de la pena prevista para el delito de desobediencia, de suerte que pudiera ser legítimo, en atención al contexto, trasladar sin más la conducta de desobediencia del ámbito de la falta al del delito. La razón que se opone a ello es básicamente la misma que sirve para considerar el delito del artículo 380 como desproporcionado con respecto al del artículo 379, sin consideración a la finalidad de protección del principio de autoridad a que ahora se quiere hacer referencia para justificar el desfase penológico mencionado: la *instrumentalidad* del primero con respecto al segundo. Si la conducta que se pretende evitar, declaradamente, a través del delito del artículo 380, es la evitación de la conducta descrita en el artículo 379, la consideración de la gravedad de las conductas producidas en el ámbito viario debería haberse reflejado también en el delito principal, a través de la previsión de penas de prisión también para la conducta del artículo 379. Por ello, la mayor gravedad de la conducta por razón de que se produce en un contexto situacional especialmente peligroso para los bienes jurídicos de la vida y la salud de las personas, como es el del tráfico viario, no puede suplir, desde la perspectiva del sistema de valores establecido por el legislador y que cabe inferir de las propias pautas valorativas plasmadas en la regulación concreta del Código Penal, la falta de elementos subjetivos que, tradicionalmente, se aducen para diferenciar el delito de desobediencia de la falta tipificada en el art. 634.

En esta línea, ALONSO RIMO señala gráficamente este problema de la siguiente manera: «¿cómo se explica que el comportamiento previsto en el art. 379 sirva para fundamentar una carga coactiva de semejante entidad –la equivalente a la diferencia de gravamen existente entre una multa de 10 a 60 días y

la prisión de 6 a 12 meses— si aisladamente (es decir, sin concurrir conjuntamente con una desobediencia leve) sólo merece arresto de 8 a 12 fines de semana o multa de 3 a 8 meses más privación del derecho a conducir por tiempo superior a un año y hasta 4?⁹⁷». Es decir, dos conductas que aisladamente sólo dan lugar, por un lado, a una pena, como máximo, de arresto de 12 fines de semana y, por el otro, a una pena de multa, contempladas conjuntamente en el artículo 380 CP merecen una pena de hasta un año de prisión.

Este planteamiento, siendo en lo sustancial correcto, obliga sin embargo a realizar una precisión, que resulta determinante para justificar plenamente la solución que aquí se adopta en relación con el problema de proporcionalidad que plantea el artículo 380 CP. De lo que se acaba de exponer podría parecer que el desvalor de una conducta penal es siempre expresión de la suma de los desvalores de los factores en los que aquélla puede descomponerse, si ambos factores constituyen una conducta penalmente punible. Sin embargo, no puede ocultarse que la combinación de conductas distintas para dar lugar a una infracción compleja no siempre produce un desvalor igual a la suma del desvalor de cada una de las conductas que el legislador tiene en cuenta para configurar la infracción penal compleja. Así, por ejemplo, aunque el robo con intimidación pueda explicarse analíticamente como el resultado de una combinación entre un hurto y unas amenazas condicionales, el desvalor de la combinación resulta superior al desvalor de cada uno de los factores que lo componen analizados por separado. Es decir, la combinación de varias conductas para dar lugar a una infracción compleja determina a veces un salto cualitativo en la valoración de la combinación. En el caso del robo, por ejemplo, puede considerarse que el desvalor expresado por el ataque patrimonial se ve cualitativamente incrementado por la forma en la que se produce dicho ataque al patrimonio, a través de unas amenazas condicionales, las cuales refuerzan o aseguran el apoderamiento patrimonial. Ello no ocurre sin embargo en el supuesto que nos ocupa, en el artículo 380 CP. Porque en este caso, por una parte, la gravedad de la desobediencia *en cuanto tal*, como ataque al principio de autoridad, no varía en función de que se produzca con ocasión de la práctica de la prueba de alcoholemia, hasta el punto de poder justificar la diferencia de penalidad entre la simple falta y el delito de desobediencia, puesto que la consideración del interés de la seguridad del tráfico en la gravedad de la desobediencia sólo se entiende valorativamente desde la instrumentalidad del delito del artículo 380 al del artículo 379 CP, al que el legislador asigna una pena sustancialmente inferior a la de aquél.

⁹⁷ ALONSO RIMO, «La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, drogas tóxicas o sustancias similares como modalidad de desobediencia penal (estudio del bien jurídico protegido en el art. 380 CP)», cit., p. 82.

Y, por otra parte, el ataque a la seguridad del tráfico no resulta más grave del que representa el artículo 379 CP por hallarse respaldado por una conducta de desobediencia; pues precisamente la consideración de la negativa al sometimiento a la prueba de detección alcohólica *como ataque a la seguridad del tráfico* sólo encuentra sentido si se pone valorativamente en relación con la conducta que se intenta evitar en el tráfico viario: la comisión del delito de conducción bajo los efectos del alcohol del artículo 379.

Con todo lo expuesto, no se trata aquí de prejuzgar, en la labor del Tribunal Constitucional, la interpretación dogmática del delito de desobediencia para realizar el juicio de constitucionalidad por desproporción, –interpretación que corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria y, en particular, al Tribunal Supremo–, sino de analizar la estructura concreta de los tipos examinados en la medida en que dicha estructura revele las pautas axiológicas a partir de las cuales se realiza por el legislador la sanción de las conductas. Es cierto que el análisis de la estructura de los tipos penales sólo puede realizarse –en mayor o menor grado de profundidad– de acuerdo con la interpretación dogmática de los mismos. Sin embargo, lo que aquí quiere mantenerse es que, con independencia de los requisitos exigidos por la doctrina penal para configurar el delito de desobediencia, el desvalor jurídico-penal de la conducta descrita en el artículo 380 sólo puede justificarse constitucionalmente si se parte de la base de que el legislador, al configurar el tipo del artículo 380, debe haber tenido en cuenta los mismos requisitos que se exigen para configurar el tipo del artículo 556, cualesquiera que sean éstos. Conforme a ello, considero que el Tribunal Constitucional tendría que haber tenido en cuenta la estructura de los dos tipos implicados –el del delito de desobediencia del art. 556 y el de negativa a someterse a la prueba de detección alcohólica o de drogas del art. 380– y, con independencia de los requisitos subjetivos u objetivos exigidos por la doctrina en el delito de desobediencia –en cuya determinación no puede entrar el Tribunal Constitucional–, haber procedido a construir una sentencia interpretativa en relación con el art. 380 CP, en el sentido de que dicho artículo es constitucional sólo en la medida en que se interprete como una especie del delito de desobediencia del art. 556 CP, debiendo exigirse los mismo requisitos que a éste⁹⁸.

⁹⁸. Llega a esta misma conclusión, a través de una interpretación restrictiva del delito del artículo 380 CP como delito de desobediencia, acertadamente, ALONSO RIMO, considerando que es la más respetuosa con el principio de proporcionalidad y salva los problemas de constitucionalidad. *Vid.* ALONSO RIMO, «La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, drogas tóxicas o sustancias similares como modalidad de desobediencia penal (estudio del bien jurídico protegido en el art. 380 CP)», cit., pp. 79 ss. En todo caso, y ya en el plano de aplicación del precepto, resuelto por el Tribunal Constitucional el

Sólo así puede lógicamente explicarse la notable elevación de la pena que conlleva el artículo 380 con respecto a la del artículo 634 (falta de desobediencia) y, sobre todo, con respecto a la del artículo 379 (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas)⁹⁹.

problema de constitucionalidad en el sentido de la compatibilidad del precepto con la Constitución, este tipo de razones aconsejan una interpretación restrictiva del precepto, que es la más respetuosa con el principio de proporcionalidad. En esta vía, pueden y deben exigirse una serie de elementos tendentes a reducir el alcance del tipo, como la exigencia de indicios previos de conducción bajo la influencia del alcohol o de las drogas, pues las pruebas correspondientes son de «comprobación» (en este sentido, *vid.* la STS de 9 de diciembre de 1999), la exigencia de la misma actitud subjetiva –reiteración, grave obstinación, ánimo de desprestigio a la autoridad– que se requiere en el tipo genérico de desobediencia grave, o la exigencia de que dicha actitud haya de venir precedida de la advertencia de la amenaza penal que acompaña a la negativa al sometimiento a las pruebas, como de hecho ya se advierte en la práctica judicial. Véase el comentario de LASCURAÍN SÁNCHEZ al artículo 380 CP, en AA VV, *Comentarios al Código Penal* (RODRÍGUEZ MOURULLO, dir.), cit., p. 1046.

¹⁰⁰. En esta línea, y ya en el plano de dogmática penal, ALONSO RIMO considera que el delito del artículo 380 debe ser entendido estrictamente como delito de desobediencia, en el que lo decisivo es el ánimo de desprestigio a la autoridad, descartando de esta manera cualquier referencia que pudiera llevar a entenderlo como delito ‘pluriofensivo’, como ha postulado un cierto sector de la doctrina. Cfr. «La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, drogas tóxicas o sustancias similares como modalidad de desobediencia penal (estudio del bien jurídico protegido en el art. 380 CP)», cit., pp. 79-83. Desde mi punto de vista, y con independencia de la interpretación dogmática y del problema del bien jurídico protegido en el delito de desobediencia –lo que obligaría además a plantearse el problema, que no es posible abordar aquí, de los elementos que deben tenerse en cuenta para valorar la gravedad de la desobediencia y de si puede o no deducirse el carácter grave de la misma de la calidad del bien jurídico protegido por la orden desobedecida–, quiero sin embargo destacar, en la línea de mi planteamiento sobre la proporcionalidad, que la constitucionalidad del artículo 380 pasa por la compatibilidad del delito en él recogido con las pautas valorativas reconocidas por el legislador y que se infieren de la regulación de las figuras delictivas que guardan relación con la examinada. Por ello, si se considera que en la desobediencia del artículo 380 el carácter grave de la misma viene dado por el contexto en el que dicha desobediencia se produce (el tráfico viario) –lo que supone la consideración, problemática, por otra parte, de los bienes jurídicos (la vida y la salud de las personas) que se encuentra detrás de la orden desobedecida– ello debe ser compatible con la consideración que de este contexto el legislador ha llevado a cabo en otros preceptos y, significativamente, en el artículo 379 CP. Dicho de otra manera: los mismos criterios que sirven para agravar de forma tan notable la pena asignada a la desobediencia del artículo 380 en función del contexto –por consideración a los intereses que mediatamente se quieren proteger– deben poder identificarse en el tratamiento legislativo de la conducta del artículo 379, que protege de manera más directa aquellos intereses, y en cuya incriminación el legislador ha considerado suficiente una pena, como máximo, de arresto de 12 fines de semana. Y, de acuerdo con ello, si

4. La solución del Tribunal Constitucional en la STC 136/1999, sobre la condena de los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna

El razonamiento del Tribunal Constitucional en torno al problema de la proporcionalidad, que le lleva a entender, como hemos visto, de manera muy restrictiva su función en el control constitucional de la proporcionalidad de las normas penales, se ve en importante medida alterado en la STC 136/1999, en la que se otorga el amparo a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna. En estas páginas únicamente me interesa destacar el razonamiento del Tribunal en torno a la cuestión del precepto penal cuestionado, el artículo 174

se consideran las penas que expresan el desvalor de la desobediencia leve (simple falta, y castigada en el artículo 634 con una pena de multa de 10 a 60 días) y la conducción bajo la influencia del alcohol (arresto de 8 a 12 fines de semana o multa de 3 a 8 meses), se observa que queda todavía una parte muy significativa de la pena asignada al delito del artículo 380 (prisión de 6 meses a un año) que no responde a desvalor alguno, a menos que se considere que la gravedad de la desobediencia del artículo 380 no puede fundamentarse solamente en atención al bien jurídico protegido mediatamente a través de la orden desobedecida -ya que la importancia de ese bien pasa por la consideración de la valoración legislativa de la conducta principal, la del delito del artículo 379-, sino que exige un *plus* de antijuridicidad que viene dado por una asimilación de la conducta descrita en el artículo 380 a la de la desobediencia grave del artículo 556. Cfr. en este sentido ALONSO RIMO, «La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, drogas tóxicas o sustancias similares como modalidad de desobediencia penal (estudio del bien jurídico protegido en el art. 380 CP)», cit., p. 82.

Desde otro punto de vista, podría aquí formularse la objeción de que, en ocasiones, la relación entre ambos desvalores examinados (el de la desobediencia y el ataque a la seguridad del tráfico), podría ser determinante de un salto cualitativo, de manera que su combinación arrojaría un desvalor superior a la suma de ambos desvalores analizados por separado. Es decir, podría producirse en el delito del artículo 380 CP una sinergia propia que justificase la pena que le es finalmente asignada. Sobre esta objeción ya he tenido oportunidad de pronunciarme anteriormente (*vid. supra* III.3 *in fine*). Descartada por lo tanto la posibilidad de que en el artículo 380 pueda producirse un salto cualitativo que justifique la mayor punición, la única interpretación constitucionalmente legítima del delito del artículo 380 es considerar que éste debe ser interpretado como modalidad del delito de desobediencia grave del artículo 556. Esta interpretación puede conducir a una aplicación muy restringida del tipo y que quizá —como reconoce también ALONSO RIMO— no fue la contemplada por la intención del legislador. Pero también es cierto que es posible asignar al artículo 380, frente a las críticas que señalarían el carácter superfluo del precepto que se deduce de esta interpretación, una función específica, la de *recordatorio*, ante la comisión de una negativa a someterse a las pruebas de detección alcohólica, de la posibilidad de aplicar en estos casos el delito de desobediencia del artículo 556, y también, por tanto, de la falta del artículo 634. En este sentido, acertadamente, *vid.* ALONSO RIMO, «La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, drogas tóxicas o sustancias similares como modalidad de desobediencia penal (estudio del bien jurídico protegido en el art. 380 CP)», cit., p. 86.

bis a) del Código Penal de 1973, que castigaba el delito de colaboración con banda armada. La STC 136/1999 refleja a mi entender un criterio más extensivo de la actuación del Tribunal Constitucional en cuanto al control del principio de proporcionalidad, que el mantenido en anteriores sentencias. En ella se cuestiona la proporcionalidad de la pena impuesta a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna por colaboración con banda armada, prevista en el art. 174 bis a) del Código Penal de 1973, que establecía una pena de prisión mayor –de seis años y un día a doce años–.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional aborda el análisis de proporcionalidad a partir de un amplio recordatorio de su jurisprudencia anterior y, en particular, de las SS TC 55/1996 y 161/1997, ampliamente citadas. Sin embargo, una vez examinados los tres primeros escalones del juicio de proporcionalidad, en el análisis del último de los escalones, el relativo al juicio de proporcionalidad interna o estricta concluye en este caso, por primera vez en su historia, afirmando la desproporción de la pena contemplada en el art. 174 bis a) del Código Penal, en relación con el fin que dicha norma persigue¹⁰⁰. Veamos los argumentos que se aducen para justificar, a la luz de la jurisprudencia constitucional y, en su caso, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que también es alegada por nuestro Tribunal, dicha desproporción. El argumento fundamental para declarar la desproporción es la incidencia de la conducta sancionada en el ejercicio legítimo de las libertades de expresión y de participación política.

El primer argumento (STC 136/1999, FJ 29 a) se refiere a la escasa lesividad del comportamiento en el caso concreto, ya que, dice el Tribunal, aunque «las conductas sancionadas no cabe duda de que son potencialmente peligrosas en la medida en que son constitutivas de colaboración con banda armada», resultaron con todo «en la realidad muy alejadas de los peligros que la norma aplicada quiere finalmente evitar», pues efectivamente nunca se realizó la transmisión de la videocinta, al llevarse a cabo inmediatamente su secuestro por la autoridad judicial. Este argumento resulta discutible y debe, al menos, advertirse su novedad, por cuanto abre la vía a la posible inconstitucionalidad

¹⁰⁰. Así, declara el Tribunal Constitucional: «nuestra decisión ha de ser diferente en relación con el juicio estricto de proporcionalidad, que es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir –y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales– y la gravedad de la pena que se impone –y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales–. La norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas».

de todos los tipos penales ‘abiertos’ en su enunciado normativo, de los que el precepto penal cuestionado es sólo un ejemplo.

El segundo argumento (FJ 29 b) es una comparación valorativa y sistemática de la conducta sancionada por la norma con otros preceptos penales que asignan una pena similar, respecto de los cuales se advierte un desvalor patentemente inferior de la conducta sancionada en cuestión, subsumida en el tipo de colaboración con banda armada. Frente al criterio seguido en la STC 65/1986, en la que el Tribunal rehusó realizar este tipo de operación en relación con una conducta dudosamente subsumida en el tipo de malversación de caudales públicos, se opta aquí por realizar esta comparación, no exenta de problemas, para determinar que la sanción de la conducta de acordar transmitir las videocintas con el mensaje de la «alternativa democrática» de ETA, y que el Tribunal Supremo subsume bajo el tipo de colaboración con banda armada, es desproporcionada. En mi opinión, no se da una desproporción patente o manifiesta en relación con la conducta de colaboración con banda armada considerada en abstracto¹⁰¹.

En refuerzo de esta comparación, se ofrece un argumento de Derecho comparado referido a la menor cantidad de pena que corresponde a estos delitos en otros países de nuestro entorno, argumento de novedosa introducción y que no obedece, en mi opinión, a ninguno de los parámetros hermenéuticos que debe utilizar la jurisdicción constitucional, pues nuestro legislador no puede estar vinculado por las consideraciones ético-sociales que funden la determinación de los bienes jurídicos en ordenamientos distintos del nuestro.

Finalmente, el Tribunal Constitucional se sirve de un argumento que tiene que ver con la libertad de expresión y de participación política, y que a mi juicio no procede en relación con el problema de la proporcionalidad, por cuanto la apreciación de este argumento debiera situarse, en su caso, en un plano distinto, como es el de legalidad. El argumento utilizado se resume en lo siguiente: aunque la conducta que ha sido objeto de sanción penal no esté amparada por las libertades de expresión, comunicación o participación política, sí se sitúa en un terreno muy próximo a lo que constituye ejercicio legítimo de dichas libertades, por lo que una respuesta penal desproporcionada frente a eventuales extralimitaciones en el ejercicio de estas libertades puede disuadir su ejercicio legítimo por los ciudadanos, máxime teniendo en cuenta que quien se extralimita en este caso es representante de una formación política, a la que debe reconocérsele mayores garantías. Así, dice el Tribunal:

¹⁰¹. Véase en este sentido los votos particulares de Jiménez de Parga y de Vicente Conde Martín de Hijas a la STC 136/1999.

«hemos reiterado que la difusión de estas ideas e informaciones y este modo de participación en la actividad política no constituye un ejercicio lícito de las libertades de expresión, de información y de participación política y, por ello, no están tuteladas por esos derechos constitucionales y por ello pueden ser objeto de sanción penal; sin embargo, también hemos señalado que es indudable que las conductas incriminadas son actividades de expresión de ideas e informaciones y constituyen una forma de participación política y, en consecuencia, una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos» (FJ 13 c). Si con ello se tiene en cuenta la gran indeterminación del precepto en la descripción de las conductas típicas, «aunque no plantee problemas desde el punto de vista de la taxatividad» puede generarse con mayor razón «alguna incertidumbre acerca de si la expresión de unas ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada. Esta incertidumbre puede inhibir de modo natural el ejercicio de tales libertades, necesarias para el funcionamiento democrático de la sociedad y radicalmente imprescindibles cuando tal ejercicio se refiere a los partidos políticos y al momento en el que se dirigen a recabar la voluntad de los ciudadanos» (FJ 13 d).

El Tribunal Constitucional, en la utilización de este argumento, incurre en un razonamiento circular o falacia de petición de principio, ya que al afirmar que, aunque las conductas examinadas no constituyen ejercicio legítimo de las libertades mencionadas «una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos», está presuponiendo ya en el propio enunciado la desproporción de la sanción.

En mi opinión, la desproporción no tiene que ver con la eventual incidencia en los derechos de libertad de expresión o de participación política, sino que esto último es algo que guarda relación con un presupuesto previo a la cuestión de proporcionalidad, como es la difícil cuestión de la punición de comportamientos próximos al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, cuestión de difícil resolución, y que excede en mucho del objeto de este trabajo. Y, por otra parte, la consideración del llamado efecto de «desaliento» puede, en su caso, obligar a una mayor cautela a la hora de la subsunción de una conducta en concreto en el tipo penal por vías distintas a la declaración de la desproporción y que tienen que ver sobre todo con los problemas que plantea la colisión de determinados tipos penales —como los tipos expresivos o que castigan la apología o determinadas manifestaciones— y el ejercicio de los de-

rechos fundamentales, máxime cuando se da la amplitud e indeterminación en la descripción del supuesto típico del delito que nos ocupa¹⁰². En este sentido, como señala el voto particular de Vicente Conde Martín de Hijas a la sentencia comentada, puede afirmarse que «ese posible efecto explica que a la hora de aplicar un tipo abstracto, susceptible de abarcar en la amplitud de su contenido conductas como las sancionadas, a las que, no obstante no se refiere de modo específico, se plantee la duda de si la inclusión de esa conducta específica en el tipo genérico es posible o no, por la confluencia en el caso de aquellos derechos. Pero ese problema de confluencia de derechos, y el efecto desaliento, como riesgo vitando de la efectividad de los mismos, tiene su espacio lógico de planteamiento en el de la subsunción de la conducta en el tipo. Trasladarlo de ese ámbito conceptual al de la fijación abstracta en la Ley de la pena aplicable al tipo me parece técnicamente artificioso»¹⁰³. En el fondo, lo que trasluce detrás de este planteamiento es el dudoso encuadramiento de un problema en el ámbito del principio de proporcionalidad, que en realidad debía haberse tratado, en el plano constitucional, como un problema de legalidad penal, en su vertiente de respeto al mandato de taxatividad o de concreción de las conductas típicas al legislador y, en el plano de la legalidad ordinaria, como un problema de determinación de las conductas punibles a través de la interpretación teleológico-restrictiva del tipo.

El Tribunal Constitucional busca sin embargo un apoyo de esta tesis en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, a mi entender sin base suficiente. Las sentencias que se invocan, en los asuntos Tolstoy Miloslavsky, de 13 de julio de 1995, Partido Socialista contra Turquía, de 2 de mayo de 1998, Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía, de 30 de enero de 1998, Incal contra Turquía, de 9 de junio de 1998, y caso Castells contra España, de 23 de abril de 1992, relativas al conflicto entre la libertad de expresión y la proporcionalidad en la aplicación de normas penales..., se refieren, como bien señala el voto particular de Vicente Conde Martín de Hijas, a actos aplicativos de normas penales, y no a éstas consideradas *in abstracto* (FJ 9).

Por todo ello, el Tribunal Constitucional debió haber desestimado la pretensión de inconstitucionalidad del artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973 sobre la alegación de desproporción formulada por los recurrentes.

¹⁰². Crítica con el 'efecto de desaliento' como factor para considerar la desproporción de la norma penal, HUERTA TOCILDO, quien parece situar también, correctamente, el problema en el ámbito de la «excesiva amplitud e indeterminación del aludido tipo penal y, por lo tanto, de la subsunción de la conducta en el tipo. Cfr. en este sentido *id.*, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», cit., pp. 69 ss.

¹⁰³. Voto particular a la STC 136/1999, FJ 9.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos visto, la interpretación del Tribunal Constitucional del principio de proporcionalidad de las normas penales, así como el reconocimiento de su relevancia constitucional, ha sido presidida por un entendimiento muy estricto de la función del Tribunal en la apreciación de una desproporción capaz de determinar la expulsión de la norma del ordenamiento, a partir de lo que se ha dado en llamar la peculiar posición institucional del legislador. Conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional a partir de un correcto entendimiento, a mi juicio, como he tratado de poner de manifiesto en estas páginas, de la proporcionalidad entendida como criterio 'de máximos', que busca la consecución de una funcionalidad máxima de la norma penal a partir de la optimización de los márgenes de libertad, y cuya determinación corresponde al legislador, y el test de proporcionalidad entendido como criterio 'de mínimos', que exige de la norma penal que no se produzca un sacrificio realmente excesivo o desproporcionado de la libertad, atendiendo también a la idea de racionalidad en la actuación del legislador.

El juicio constitucional de proporcionalidad no puede ser por tanto un juicio de calidad o perfectibilidad del precepto penal cuestionado, sino que busca ser únicamente un test de proporcionalidad mínima, a la luz de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y que se derivan del propio texto constitucional, así como de la propia actuación del legislador en su interpretación y desarrollo. Las SSTC 55/1996 y 161/1997 se enmarcan claramente en estos planteamientos. Esta última, en particular, desarrolla con notable amplitud las premisas que presiden el enjuiciamiento constitucional de la proporcionalidad en un caso especialmente complejo, en el que a la dificultad de definir un juicio de proporcionalidad 'de mínimos' en atención a un criterio de lesividad material de la conducta en términos de proporcionalidad interna se añade el obstáculo de la aparente contradicción entre la valoración realizada por el legislador al describir el tipo del artículo 380 con las pautas valorativas que se infieren de una interpretación sistemática del Código Penal. En este sentido, la conducta de negativa al sometimiento a la prueba de alcoholemia constituye un delito instrumental respecto del delito del artículo 379. Por ello, desde la concepción de la proporcionalidad que se ha sostenido en estas páginas, el artículo 380 sólo es compatible con el principio si la conducta que describe puede ser reconducida a un tipo penal que resulte expresión de un desvalor superior al de los delitos respecto de los cuales la punición de dicha conducta no puede contemplarse sino de manera instrumental, entre los que se encuentra, principalmente, el delito del artículo 379, precepto que tipifica precisamente la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas y a

cuya prevención se dirige el tipo del artículo 380. Por ello, el delito del artículo 380 sólo supera el test de proporcionalidad si es interpretado como un delito de desobediencia del artículo 556, con independencia de que pudiera ser concebido, además, como expresión de un desvalor específico propio de un delito de peligro en el ámbito de la seguridad del tráfico.

Por último, debe hacerse una breve reflexión sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre este punto, jurisprudencia que ha sido, como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este artículo, muy cauta y respetuosa con el legislador en cuanto a la definición de los límites de aceptabilidad mínima, desde la óptica de la proporcionalidad, de las diferentes opciones legislativas en la tipificación de los preceptos penales y la determinación de las sanciones. Ésta ha sido sin duda la evolución de la jurisprudencia constitucional en la materia hasta la STC 136/1999. En relación con la línea jurisprudencial abierta con esta sentencia, las reflexiones que se han puesto de manifiesto en el apartado anterior evidencian que, aunque haya sido alegada por sus ponentes la continuidad en la línea jurisprudencial anterior, sí que es apreciable un relativo cambio de criterio, evidenciado no sólo por el resultado al que se llega en el fallo de la STC 136/1999 –estimatorio de la inconstitucionalidad por desproporción–, sino también por la utilización, a partir de esta sentencia, de argumentos novedosos no utilizados hasta el momento o que habían sido anteriormente rechazados¹⁰⁴. Al mismo tiempo, considero que el cambio de criterio no ha sido adecuadamente señalado en la sentencia, como hubieran demandado elementales exigencias de seguridad jurídica, exigencias que, conviene recordarlo, vinculan también al Tribunal Constitucional, en la medida en que, aunque puede legítimamente cambiar de criterio, debe, cuando así lo hace, explicitar el sentido del cambio y justificar este cambio de posición. Éste es un requisito fundamental de motivación que se exige a los Tribunales superiores cuando su decisión posterior es de algún modo vinculante en el futuro, en los casos en los que, por unas u otras razones, se apartan del precedente mediante el llamado *overruling*. La experiencia demuestra que la falta de cumplimiento de este requisito puede ocasionar para el sistema jurídico más consecuencias negativas de las que se tratan de evitar a través de una solución *ad hoc* del caso planteado que no se corresponde, sin embargo, con los planteamientos teóricos cuya pre-

¹⁰⁴. Considera sin embargo que no hay un cambio de criterio en la STC 136/1999, HUERTA TOCILDO, por entender esta autora que en dicha sentencia se sigue utilizando la misma fundamentación de las sentencias anteriores en materia de proporcionalidad, con arreglo a la cual no quedaba prejuzgada, al menos teóricamente, la posibilidad de que el Tribunal declarara la inconstitucionalidad de una norma penal por desproporción. *Vid.* «Principio de legalidad y normas sancionadoras», cit., p. 68.

servación resulta irrenunciable para una solución de los casos conforme a los principios generales de nuestro Estado social y democrático de Derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999.
- ALEXY, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 139-151.
- ALONSO RIMO, «La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, drogas tóxicas o sustancias similares como modalidad de desobediencia penal (estudio del bien jurídico protegido en el art. 380 CP)», *RdPP*, no. 10, Año 2003-2, pp. 29-98.
- BACIGALUPO ZAPATER, «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?», *La Ley*, 1982-2, pp. 936-942.
- BARNÉS, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, no. 5, septiembre-diciembre de 1998, pp. 15-49.
- BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 2003, pp. 489-806.
- CARMONA SALGADO y MARTÍNEZ RUIZ, «De nuevo sobre la «inconstitucionalidad» del artículo 380 del Código Penal, al hilo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997 de 2 de octubre», en *La Ley*, núm. 4591, pp. 1-6.
- COBO y VIVES, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1987.
- CÓRDOBA RODA, «La pena y sus fines en la Constitución», en Mir Puig. Ed., *La reforma del Derecho penal I*, 1980.
- CUERDA ARNAU, «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal», en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. 1, Universitat de València, Valencia, 1997, pp. 447-491.
- CUESTA PASTOR, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre (La constitucionalidad del artículo 380 del Código Penal. Criminalización de la negativa al test de alcoholemia)», en *Revista General de Derecho*, núm. 642, marzo 1998, pp. 1933-1941.
- GÓMEZ PAVÓN, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997, sobre la cuestión de constitucionalidad en relación con el artículo 380 del Código Penal», en *CPC*, núm. 64 (1998), pp. 97-111.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990.
- HUERTA TOCILDO, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional*, Vol. 5, TC, CEPC, Madrid, 2000, pp. 11-76.
- JAÉN VALLEJO, «Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional», en *Revista General de Derecho*, no. 507, diciembre 1986, pp. 4923-4936.
- JORGE BARREIRO, Ag., comentario al artículo 556, en AA VV, *Comentarios al Código Penal*, (RODRÍGUEZ MOURULLO, dir.), Civitas, Madrid, 1997, pp. 1353-1354.

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», en *Cuadernos de Derecho Público*, no. 5, septiembre-diciembre de 1998, pp. 159 ss.
- Comentario al artículo 380, en AA VV, *Comentarios al Código Penal* (RODRÍGUEZ MOURULLO, dir.), Civitas, Madrid, 1997, pp. 1041-1046.
- LÓPEZ GUERRA *et alii*, *Derecho Constitucional I*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 106-107.
- LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y substitutivos penales*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979.
- MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg (Carl Winters), 1923 (2ª. ed.), pp. 22 ss.
- MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- MOLINA FERNÁNDEZ, «Delitos contra la seguridad del tráfico», en AA VV, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), Volumen II*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1998.
- NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- *Introducción a la filosofía de la acción humana*, EUDEBA, Buenos Aires, 1987.
- «La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos», en *Doctrina penal*, no. 45, 1989, pp. 29-48.
- «Subjetivismo y objetivismo en el Derecho penal», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (RJUAM), número 1, 1999, pp. 47-82.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 13-38.
- TORÍO LÓPEZ, «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos y degradantes», *PJ*, no. 4, 1986, pp. 69-82.